

Tilburg University

Het fait accompli in het vermogensrecht

Nieskens-Isphording, Bernardina Wilhelmina Maria

Publication date:
1991

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Nieskens-Isphording, B. W. M. (1991). *Het fait accompli in het vermogensrecht: Een (rechtsvergelijkend) onderzoek naar een aanvullende wijze van ontstaan en tenietgaan van verbintenissen*. Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Het fait accompli in het vermogensrecht

B.W.M. Nieskens-Isphording

 Kluwer

HET FAIT ACCOMPLI
IN HET VERMOGENSRECHT

KATHOLIEKE UNIVERSITEIT BRABANT		POSTBUS 90153 5000 LE TILBURG		BIBLIOTHEEK	
Dit werk terug te bezorgen uiterlijk op:					
24 APR 1992					
09 JUL 1992					
06 OKT. 1995					
21 DEC. 1995					
12 JUNI 1996					
17 JUNI 1999					

BEPALING UIT HET REGLEMENT
Een werk, dat iemand in bruikleen heeft, mag door hem in geen
geval worden uitgeleend.

HET FAIT ACCOMPLI IN HET VERMOGENSRECHT

Een (rechtsvergelijkend) onderzoek naar een aanvullende wijze
van ontstaan en tenietgaan van verbintenissen

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor
aan de Katholieke Universiteit Brabant
op gezag van de rector magnificus, prof. dr. R.A. de Moor,
in het openbaar te verdedigen ten overstaan van
een door het college van dekanen aangewezen commissie
in de aula van de Universiteit
op donderdag 28 maart 1991 te 15.15 uur

door

Bernardina Wilhelmina Maria Nieskens-Isphording

geboren te Eindhoven

Promotor: prof. mr. H.C.F. Schoordijk

Omslagontwerp: B. Boshoff

Van dit boek is een handelseditie verschenen onder ISBN 90 268 2139 5.

© 1991 B.W.M. Nieskens-Isphording, Eindhoven

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotocopie, microfilm of op welke andere wijze dan ook, en evenmin in een retrieval systeem worden opgeslagen, zonder de voorafgaande schriftelijke toestemming van Uitgeverij Kluwer B.V. te Deventer, die daartoe door de auteursrechthebbende met uitsluiting van ieder ander is gemachtigd.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

'Indien er iets is geweest, wat sedert den bloeitijd van het Romeinsche recht den ontwikkelingsgang der Rechtswetenschap bij meerdere speciale leerstukken belemmerd heeft, dan is dit wel geweest de uitsluitend deductieve methode der latere juristen'.

Bruins, Een onderzoek naar den rechtsgrond der schadevergoeding, Leiden, 1906, blz. 1.

Inhoud

De stelling

Inleiding blz. 1 - 6

Dit boek heeft een 'underground'-beginsel tot onderwerp; I – Engeland; II – USA; III – Duitsland; IV – Nederland; Er blijken verbintenissen te ontstaan alleen vanwege het feit 'dat het zo is gelopen'; Gewoonlijk rechtvaardigt men zulke verbintenissen op grond van 'gewekt vertrouwen'; Er is (meestal) meer geïnvesteerd dan vertrouwen alleen; Dit 'meerdere' manifesteert zich in de vorm van een *fait accompli*; Stelling: het *fait accompli* fungeert als een aanvullende wijze van ontstaan en tenietgaan van verbintenissen.

De Theorie

I. Waarom het vertrouwen geen bron van verbintenis kan zijn blz. 7 - 101

Nr. 1 – Waaruit ontstaan verbintenissen?; nr. 2 – 'Alle vermogensrechtelijk denken is een denken in termen van ge- en ongerechtvaardigde verrijking'; nr. 3 – De kritiek op artikel 1269 BW; nr. 4 – Van der Heijden en het belang van zijn uiteenzettingen; Hugo de Groot; Eggens; Atiyah en Schoordijk; nr. 5 – Is het mogelijk een voor het privaatrecht zo wezenlijk gegeven als de autonomie van partijen voor het verbintenissenrecht te ontkennen?; Het privaatrecht (gesocialiseerd, gecollectiveerd, gepubliciseerd) is nog niet van zijn wortels losgesneden; Maar het is wel gereduceerd; Kunnen autonomie en 'sociale besturing' in één systeem samengaan?; Is het mogelijk dat er zoiets als een 'overeenkomst *ex lege*' is ontstaan?; nr. 6 – In bepaalde zin is er 'altijd al' een overeenkomst *ex lege* geweest; 1820; 1838; 1913; 1937; 1959; 1992; Gebleken is, dat de wil gemist kan worden; Betekent dit dat de wil dan ook nooit het verbintenisscheppende element vormt?; Van Dunné wil de wil royeren; Dit betekent dat de mogelijkheid verdwijnt om welke verbintenis dan ook op deugdelijke wijze te legitimeren; nr. 7 – Het vergt enige adem om deze stelling van een fundament te voorzien; De negatieve functie van de wil; Het vertrouwen in plaats van de wil: niet 'typisch Hollands' en niet nieuw; De positieve functie van de wil; De functie van het verbintenissenrecht als 'Recht der Güterbewegung'; Vermogensverschuivingen behoeven een *causa*; De menselijke vrijheid; De contractsvrijheid; Privaatautonomie; De wil als Sesam Open U; De scheidslijn individu/maatschappij loopt dwars door elk in de maatschappij levend individu zelf; Wat brengt dit alles ons nu verder met betrekking tot de vraag die hier aan de orde is: waarom

kan worden gezegd dat in art. 3:35 NBW ten onrechte geen nadere eis is gesteld aan het vertrouwen dat bij afwezigheid van een geldige wilsverklaring zelfstandig tot een geldige rechtshandeling kan leiden?; nr. 8 – Eggens en art. 1269 BW; Billijkheid en goede trouw zijn geen argumenten, aldus Nieuwenhuis; Als het contract wordt opgelegd, behoren de gronden waarop dat gebeurt, gelijk te zijn aan die van de andere opgelegde verbintenissen; De mogelijkheid is nu gegeven om tot een toetssteen te komen ook voor die gevallen die niet in de wet geregeld zijn; Gilmore en Atiyah brengen de overeenkomst op één lijn met de verbintenis uit de wet; Eggens en het beginsel dat elke persoon zijn ‘privé’rechtssfeer heeft; Dit beginsel is zo oud als de mensheid; Decugis en de ‘notion de propriété’; Even fundamenteel als de eigendom is de behoefte aan uitwisseling; ‘Austausch und Arbeitsteilung sind es, was die Individuen vereint und als Gesellschaft zusammenhält’; Bregstein en het verwezenlijkt schenkingsdoel en het verwezenlijkt economisch doel; De bescherming van het vermogen en de twee mechanismen die daaruit voortvloeien: ongerechtvaardigde verrijking, ongerechtvaardigde verarming; Dit zijn communicerende vaten die te zamen het stelsel van de vermogensbescherming vormen; Von Caemmerer stelt het algemene beginsel dat niemand zich ten koste van een ander verrijken mag, op één lijn met de Generalklausel ‘dass die widerrechtliche schuldhaftes Schädigung eines anderen zum Schadenersatz verpflichtet’; nr. 9 – ‘Güterbewegung’ en ‘Güterschutz’; De verbintenissen uit de wet dienen om de niet op grond van een overeenkomst te rechtvaardigen vermogensverschuivingen en -verminderingen recht te trekken; Het recht brengt uit doelmatigheidsoverwegingen onderscheidingen aan en formeert categorieën; Van Dunné betekent ‘terug naar af’; nr. 10 – Hoe verhoudt zich de zaakwaarneming tot het beginsel dat het niemand is toegestaan zich te verrijken op kosten van een ander?; nr. 11 – Wie zegt dat de onverschuldigde betaling rechtstreeks op het verrijkingsbeginsel berust, vertelt niets nieuws; nr. 12 – De verhouding tussen de onrechtmatige daad en de ongerechtvaardigde verrijking; nr. 13 – Het beginsel van de ongerechtvaardigde verrijking en de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking; nr. 14 – Het ‘suum cuique’ van het huidige rechtsbestel is maar een ‘voorlopig’ ieder het zijne; De gerechtigheid dateert van ná de ‘scheidinghe der eigendommen’; Voorlopige conclusie; nr. 15 – De wederkerigheid als essentie van het verbintenissenrecht; De wederkerigheid als grondslag van alle menselijke betrekkingen; Het recht kan niet dwars tegen de beleveningswereld van de mens in gaan; nr. 16 – Hoe verhoudt zich de reciprociteit in het verbintenissenrecht tot het uitgangspunt van de partij-autonomie?; In ieder geval als een beginsel van een andere orde; De reciprociteit is een aan de autonomie ondergeschikt beginsel, zij verhouden zich tot elkaar als oorzaak tot gevolg; Wat is de betekenis van deze wederkerigheid in het rollenspel van wil en vertrouwen?; Nieuwenhuis stelt: ‘Het vertrouwen verdient bescherming!’, maar ontkracht deze mededeling door de vragen die hij daarop laat volgen; Het rechtsvormend element bevindt zich niet in het vertrouwen; Het vertrouwen is vóórwaarde voor het totstandkomen van rechtsgevolgen; Van Meijers is de opmerking dat wil en vertrouwen niet tot een gemeenschappelijke wortel zijn terug te brengen; Ernstiger is, dat het vertrouwen evenmin valt terug te brengen tot de tweede wortel van het ver-

bintenissenrecht, de onevenheid; Vertrouwen als bron van verbintenis kan logisch en systematisch niet in het systeem worden ingepast; Het zal de alomtegenwoordigheid van het vertrouwen — als *conditio sine qua non* — zijn, die heeft blind gemaakt voor de ondergeschikte, zij het wezenlijke, rol van het vertrouwen als voorwaarde voor de totstandkoming van rechtsgevolgen die niet berusten op de autonome partijwil; Wat zijn de consequenties van wat tot nu toe werd vastgesteld?; Voor het vertrouwen als ‘bron van verbintenis’ valt geen houvast te vinden in het systeem van het recht; Vertrouwen is op zich een lege huls; Slechts wanneer op grond van het gewekte vertrouwen onevenheid zou ontstaan wanneer de rechtshandeling geldigheid werd ontzegd, ontstaat de mogelijkheid van aansluiting van deze handelingen bij het systeem van het recht zoals wij dat thans kennen.

II. Waarom het fait accompli de plaats van het vertrouwen behoort in te nemen blz. 103 - 128

Nr. 17 — Nogmaals: Waaruit ontstaan verbintenissen?; De vraag waar alles om draait is een andere: waaruit ontstaan overeenkomsten?; De crisis in het overeenkomstenrecht is, ten minste voor een deel, te verklaren vanuit ‘het contract als recht van de sterkste’; ‘Die Sozialisierung des Rechts’; Eén probleemveld binnen het moderne verbintenissenrecht: het streven naar contractsgerechtigheid; nr. 18 — Een tweede probleemveld: verbintenissen waarmee men geen raad weet omdat ze bij de overeenkomst noch bij de verbintenissen uit de wet zijn in te delen; Köndgen; Picker; de Duitse ‘Vertrauenshaftung’; De Engelse en de Amerikaanse problematiek; Ook hier een ‘graue Zone’ tussen overeenkomst en onrechtmatige daad; Lord Denning en de High Trees; Consideration en promissory estoppel; Kathie Scothorn en Mary Yates Johnston; Par. 90 van de Restatement als clausule waarmee aan het vormvereiste maar ook aan de consideration-doctrine ontsnapt kan worden; nr. 19 — Privaatrechtjuristen zijn altijd realisten geweest, zegt Savatier; Over de betekenis van Het Feit in het recht; Haupt en de ‘faktische Vertragsverhältnisse’; Picker en de figuren ‘zwischen Vertrag und Delikt’; Het zijn niet de juristen die het recht veranderen, het is het leven zelf dat dit doet; nr. 20 — Het consideration-vereiste heeft de Anglo-amerikaanse rechtsbeoefenaars letterlijk met de neus op de feiten gedwongen; De Drennan-case; Nieuwe gevallen van aansprakelijkheid en het belang van de vaststelling dat ‘er iets is gebeurd’; nr. 21 — Köndgen en een nieuw verbintenissenrecht; Köndgen van de hand gewezen; Er is geen tertium tussen overeenkomst en delikt; Het gelijk van Picker; ‘Zweifelsfälle zwischen Vertrag und Delikt verlangen kein neues Zivilrecht’; Wat blijft: autonomie, en onevenheid; nr. 22 — Het traditionele verbintenissenrecht is deze eeuw tekort gaan schieten; Stond het oude systeem op instorten? Vooral in Duitsland en Amerika heeft men zich dit afgevraagd; Het leven ging door; Rechters beslisten op zaken waarvoor in het rechtssysteem geen onderdak was; ‘Het Vertrouwen’ werd bron van verbintenis; De these luidde: wanneer het vertrouwen als bron van verbintenis wordt opgevoerd, is er meer geïnvesteerd dan vertrouwen alleen; Dit meerdere

blijkt te bestaan uit een *fait accompli*; nr. 23 – De voordelen van een leer van het *fait accompli* boven die van het vertrouwen.

De Praktijk

III. Hoe de praktijk sterker is dan de (heersende) leer blz. 129 - 158

Nr. 24 – Vastgesteld kan worden, dat rechters heden ten dage de grenzen van het traditionele verbintenissenrecht doorbreken en alle traditionele bronnen van verbintenis verruimen ten gunste van personen die in een rechtens relevante context actie hebben ondernomen op gedragingen van anderen; Dit is een fenomeen dat niet aan landsgrenzen gebonden is; Het manifesteert zich op talloze terreinen; nr. 25 – Precontractuele verhoudingen; Over Nieuwenhuis, Kessler, Plas-Valburg en Hoffman v. Red Owls Inc.; nr. 26 – De totstandkoming van overeenkomsten; Over de bepaalbaarheid, Wheeler v. White, Polak/Zwolsman en Mooney v. Craddock; Over vormvereisten en de eis van Lorenz dat de jurist 'von der sozialen Wirklichkeit Kenntnis nehmen muss'; Ouders, grootouders, ooms en tantes, neven, verlaten hun woonplaats om een aangeboden huis te betrekken, land te bewerken, te investeren in huis en gebouwen; De gevolgen van de feitelijke onomkeerbaarheid in deze gevallen; Pascoe v. Turner; Par. 90, Par. 129 van de Restatement (second) on Contracts; nr. 27 – De uitvoering van overeenkomsten; Ook hier kan het *fait accompli* een aanvullende rol spelen; Over Guliker/Ago en de Amerikaanse soldaat Clark; nr. 28 – De onrechtmatige daad is de minst 'gejuridiceerde' bron van verbintenis in een rechtssysteem dat in zijn totaliteit kan worden teruggebracht tot het ene gebod van het *neminem laedere*; Zij is een rechtstreekse reactie van de wet op een *fait accompli*; Over Haverschmidt/Van der Willigen en het gedrag van de gelaedeerde-zelf; Het *fait accompli* treedt in een nieuwe zetting naar buiten; nr. 29 – Onverschuldigde betaling; Meijers hier, Goff & Jones daar; in geval van een *fait accompli* gaat de vordering uit onverschuldigde betaling (geheel of gedeeltelijk) teniet; Holt v. Markham daar, Apothekers/Klijzen hier; G.J. Scholten, Brunner, en waarom zij ongelijk hebben; Het spiegelbeeld van Apothekers/Klijzen: Gem. Heesch/Van de Akker; nr. 30 – Ongerechtvaardigde verrijking; Het Nieuw BW, Waxberg v. Hill, Katwijk/De Vroom; Artikel 6:203 geïllustreerd aan de hand van Moritz v. Horshman; Eens te meer: Change of Position.

De slotsom

Slotopmerkingen blz. 153 - 156

In deze studie wordt niet gepleit voor de aanvaarding van het *fait accompli* als een zelfstandige bron van verbintenis; Dit is, en behoort te zijn, een aanvullende bron; Niet vertrouwen maar handelen-op-grond-van-vertrouwen kan recht-

vaardiging zijn voor vermogensverschuivingen; Deze 'wet' is niet beperkt tot het privaatrecht; Het publiekrecht en het dispositievereiste; Het Duitse en het Zwitserse publiekrecht; Het normatieve element binnen het handelen op grond van vertrouwen; De voorzienbaarheid van dit handelen; De belangrijke vraag van de rechtsgevolgen; Nóg geldt, zoals reeds eeuwen: ieder het zijne; Van hieruit naar 'alles voor allen'? Volgens Mauss is dit de maatschappij waarnaar wij behoren te streven.

Inleiding

'...legal systems founded on far from dissimilar socio-economic conditions are almost always led to pursue similar purposes, or to adopt similar rules, at any rate in their private-legal relationships'.

Stoljar, *The Foundations of Negotiorum Gestio*, Intern. Encyclopedia of Comparative Law, Vol. X, blz. 4.

Gilmore, in *Death of Contract*, wijst op het bestaan van wat hij noemt 'case law undergrounds'. Rechters geven, onafhankelijk van elkaar, beslissingen die pas op een later tijdstip voor de rechtsontwikkeling van belang blijken, namelijk wanneer geconstateerd wordt dat ze onderling verbonden zijn. Ze berusten op een voorshands onbekend beginsel, dat door de rechter instinctief (of uit onwetendheid) wordt gehanteerd en dat pas wordt herkend als er iemand is die de uitspraken bijeen leest en de verbindende elementen blootlegt. Zo 'ontdekte' Fuller het bestaan van wat hij 'reliance interest in contract damages' noemde en vestigde Kessler de aandacht op wat 'a precontractual duty to bargain in good faith' kan worden genoemd. Dergelijke 'case law undergrounds', zegt Gilmore, passen niet in de bekende categorieën, ze vallen niet onder het trefwoordenstelsel, en niemand kan ze vinden, zelfs niet als hij er naar op zoek gaat. Ze moeten eerst aan het licht worden gebracht.¹

1. Gilmore, *Death of Contract*, blz. 56.

Zie ook: Fuller & Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 *Yale L.J.* 52, 373 (1936). In dit baanbrekende artikel worden met betrekking tot de toekenning van contractuele schadevergoeding drie hoofddoeleinden onderscheiden. Schadevergoeding kan worden toegekend (a) ter voorkoming van ongerechtvaardigde verrijking: een partij die, vertrouwend op toezeggingen van de wederpartij die later niet worden nagekomen, op enigerlei wijze heeft *gepresteerd*, kan aanspraak maken op *restitution interest*; of (b) tot herstel van concrete schade: een partij die, vertrouwend op toezeggingen van de wederpartij die later niet worden nagekomen heeft *gehandeld*, kan aanspraak maken op *reliance interest*; of (c) ter bescherming van gewekte verwachtingen: zonder dat vertrouwen aan de ene zijde of verrijking aan de andere zijde wordt verlangd, kan de wederpartij aanspraak maken op 'money value' voor zijn verwachtingen, zijn *expectation interest*. Fuller & Perdue laten zien dat, terwijl de theorie *expectation interest* als kern van de schadevergoedingsactie beschouwt, in de praktijk in feite door de rechter slechts *restitution interest* en *reliance interest* als vergoeding worden toegewezen.

Vgl. voorts: Kessler & Fine, 'Culpa in Contrahendo', *Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study*, 77 *Harv. L.R.* 401 (1964). Vergelijkbaar is dat Kessler aan de hand van jurisprudentie aantoont dat een beginsel dat in het Anglo-Amerikaanse recht werd 'denied, doubted or simply ignored', door de rechter met regelmaat werd toegepast. Ook Posner wijst een dergelijk underground principle aan. Hij merkt met betrekking tot de onrechtmatige daad op, dat 'courts attempted and achieved — although for the most part intuitively, without explicit acknow-

Dit boek heeft een dergelijk 'underground'-beginsel tot onderwerp, dat hier zal worden aangeduid als: het *fait accompli*. Het gaat daarbij om gevallen waarin rechtsgevolgen, die volgens de traditionele regels van het recht niet te verwezenlijken zouden zijn, met gebruik van een hulpconstructie alsnog in het leven worden geroepen. Steeds lijkt daarvoor doorslaggevend, dat er sprake is van een feitelijke toestand die door de rechter als *onomkeerbaar* wordt gewaardeerd. Dit gegeven doet zich voor op geheel verschillende terreinen van het recht en kan niet alleen in het Nederlandse rechtssysteem doch ook in de daarmee vergelijkbare rechtssystemen van andere westerse landen worden geconstateerd. Een aantal voorbeelden dient om dit te illustreren.

I ENGELAND

Crabb, eigenaar van een stuk grond, heeft via een punt A een uitgang naar een weg die eigendom is van Arun District Council (ADC) en hem komt 'the right of way from A along the road' toe. Vanwege het feit dat hij een gedeelte van zijn land verkopen wil, verzoekt hij ADC hem toe te staan een tweede uitweg aan te leggen met bijbehorend recht van weg. Ter plaatse wordt hierover een bespreking gevoerd door Crabb, zijn architect, en een vertegenwoordiger van ADC. Na dit gesprek plaatst ADC, ter afscheiding van de eigen weg en de grond van Crabb, een afrastering langs de weg, met plaats voor twee hekken, op punt A en een punt B ten oosten daarvan. Crabb verkoopt daarna een stuk van zijn grond met uitgang A aan een derde, zonder zich op de verkochte grond enig recht voor te behouden. Korte tijd later verwijdt ADC hek B en laat de afrastering van de weg doorlopen, daarmee het land van Crabb afsluitend. Crabb probeert met ADC tot overeenstemming te komen doch dit stuit af op de exorbitante prijs van £ 3000 die ADC voor het recht van weg verlangt. Uiteindelijk eist Crabb voor de rechter een uitweg op. ADC wist dat Crabb de bedoeling had een gedeelte van zijn land te verkopen, liet hem geloven dat hij een uitweg zou verkrijgen, en bracht hem er toe, door een uitsparing in de aangelegde afrastering op punt B, 'to act to his detriment in selling parts of his land without reservation over it of any right of way'.

De Engelse rechter stelt vast dat er tussen partijen geen overeenkomst tot stand is gekomen. Niettemin wordt de eis van Crabb toegewezen. ADC is gehouden Crabb een uitweg en het recht van weg toe te staan.² Het eigen gedrag van ADC maar meer nog het *daaropvolgend handelen* van Crabb³, verschaft hem een actie op ADC.⁴

→ ledgement – *the promotion of an efficient allocation of resources*', The Economic Approach to Law, 53 Texas L. R. 1975, blz. 763/764, curs. toegevoegd. Voor Duitsland geldt iets soortgelijks met betrekking tot de figuur van de culpa in contrahendo, zie noot 410, door Rudolph Jhering 'ontdekt', vgl. Nirk, FS Möhring, blz. 385.

2. Crabb v. Arun D.C. (1976) Ch. 179. De feiten zijn vereenvoudigd weergegeven voor zover hier van belang. Om greep op de situatie te krijgen zoals die zich voordeed, 'one would need a map', aldus Denning die het arrest wees. Zie voor een handzame samenvatting van het geval Atiyah, (1976) 92 LQR 174.

3. De constructie die hier wordt gebruikt is die van het zogenaamde promissory estoppel, 'a principle of justice and equity', aldus Lord Denning (zie noot 416 en bijbehorende tekst), dat inhoudt dat degene die heeft gehandeld in vertrouwen op het gedrag van een ander, aanspraak kan maken op het ontstaan van een verbintenis jegens hem. Zie hierover onder nr. 18. Vgl. ook Chitty, nr. 256, waar met betrekking tot Crabb v. Arun, dat ook wel wordt gekwalificeerd als een geval van 'proprietary

II USA

Seneca National Bank vordert van een cliënt, B, in verband met een verslechtering van zijn financiële situatie, waar de Bank in het kader van kredietverschaffingen grote belangen bij heeft, dat hij zijn boeken openlegt. B contracteert hiertoe met Kirkpatrick. De Bank heeft een belangrijk aandeel in de formulering van de opdracht die Kirkpatrick verstrekt wordt. Als zij aan het werk is, en inzicht krijgt in de stand van zaken bij B, maakt zij zich zorgen over haar honorarium. De Bank, die er belang bij heeft dat het werk wordt afgemaakt, verzekert haar dat zij zelf, onder meer vanwege het feit dat zij gemachtigd is namens B betalingen te verrichten, er voor kan zorgen dat Kirkpatrick krijgt waar zij recht op heeft. Kirkpatrick maakt het werk af, en stuurt een rekening aan B. Enige weken later gaat deze, zonder betaald te hebben, failliet. Kirkpatrick eist van de Bank betaling van haar honorarium.

Tussen Kirkpatrick en de Bank is geen overeenkomst tot stand gekomen, zij verbond zich tegenover B. De Bank heeft zich niet garant gesteld. Toch veroordeelt de rechter de Bank tot betaling van het honorarium aan Kirkpatrick.⁵ 'Relying upon the promise of the Bank (namelijk dat zij zou zorgen dat B haar betalen zou) *Kirkpatrick performed the services*'.

III DUITSLAND

De eigenaar van een huis verleent schriftelijk aan een familielid gratis een levenslang woonrecht. De begiftigde woont twintig jaar in het haar toegedeelde stuk van het huis als er ruzie komt van zodanige aard, dat de eigenaar haar de deur wijst. Hij vordert ontruiming en beroept zich op een vormgebrek bij de totstandkoming van de overeenkomst.

Het Duitse recht eist in par. 518 BGB voor schenking een notariële akte, de overeenkomst tussen eigenaar en begiftigde is niet geldig tot stand gekomen. De Duitse rechter wijst echter de vordering tot ontruiming af.⁶ *Overgave* van de woonruimte heeft het vormgebrek geheeld.

IV NEDERLAND

De BV Brilmij, Maatschappij tot Exploitatie van Opticienbedrijven, sluit een overeenkomst met het Algemeen Stads- en Provinciaal Groninger Ziekenfonds Ziekenhulp, die meebrengt dat Brilmij aan verzekerden bij Ziekenhulp brillen en dergelijke meer zal leveren, waarvoor Brilmij het niet verzekerde gedeelte van de koopsommen aan de verzekerden zelf in rekening brengt en het wel verzekerde gedeelte rechtstreeks aan Ziekenhulp declareert. Tussen Brilmij en Ziekenhulp ontstaat onenigheid over

→
estoppel' (in vertrouwen op het gedrag van de een, worden door de ander daden verricht met betrekking tot, specifiek, onroerend goed), de woorden van Lord Scarman worden geciteerd die spreekt van 'a virtual equation of promissory and proprietary estoppel'. In dit geval werden de grenzen van proprietary estoppel, een oude rechtsverwerkingsfiguur, overschreden.

4. Merkwaardigerwijs: zonder enige betaling. De rechter straft 'de arrogante houding', de high-handedness, af waarmee ADC het land van Crabb gedurende een aantal jaren onbruikbaar maakte. Cf. Denning t.a.p. Dit lijkt mij onjuist. De schade die Crabb eventueel heeft geleden, dient apart te worden gezien.

5. Kirkpatrick v. Seneca National Bank, 213 Kan. 61, 515 P. 2d 781 (1973).

6. BGH 6 maart 1970, NJW 1970, 941.

de wijze van declareren, als gevolg waarvan Ziekenhulp weigert een declaratie ad f 55 497,10 te voldoen. Brilmij vordert betaling van dit bedrag. De overeenkomst Brilmij-Ziekenhulp is nietig wegens strijd met art. 46 van de Ziekenfondswet, dat goedkeuring van de overeenkomst voorschrijft door een door de Ziekenfondsraad in te stellen commissie.

De Hoge Raad overweegt dat het in strijd zou zijn met de strekking van de Ziekenfondswet aan een tussen een ziekenfonds en een opticien gesloten medewerkersovereenkomst rechtskracht toe te kennen, zoals het Hof deed, wanneer daarvoor niet de wettelijk vereiste goedkeuring is verleend. Maar de gevolgen, verbonden aan een nietige overeenkomst, worden niet geëffectueerd. De Hoge Raad stelt dat de betekenis van het goedkeuringsvereiste de mogelijkheid openlaat dat 'een ziekenfonds in strijd met de in het maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid handelt door eerst een leverancier van kunst- en hulpmiddelen er toe te brengen *deze waren aan zijn klanten te leveren zonder daarvoor aan hen de volledige prijs in rekening te brengen* in de door gedragingen van het ziekenfonds gerechtvaardigde verwachting dat de niet aan de klanten in rekening gebrachte bedragen door het ziekenfonds zullen worden vergoed, en zich later niet bereid te verklaren de betreffende bedragen te voldoen'.⁷

Het kenmerkende van al deze gevallen is, dat er verbintenissen ontstaan blijken te zijn als het ware vanwege het feit 'dat het nu eenmaal zo is gelopen'. Dat is de gemeenschappelijke kern die rechtvaardigt dat — althans als illustratief uitgangspunt van onderzoek — gevallen van zo verschillende aard en herkomst bijeen worden gezet. De rechter bedient zich van de instrumenten die het recht hem ter beschikking stelt — in Engeland grondt hij zijn beslissing op estoppel⁸; het Supreme Court of Kansas neemt zijn toevlucht tot par. 90 van de Restatement (second) of Contracts, daarmee de paragraaf een nieuwe dimensie toekenende⁹; de Duitse rechter legt par. 518 II BGB buitengewoon rekkelijk uit¹⁰; de

7. HR 13 mei 1977, NJ 1978, 154 m.o. Bloembergen. Curs. toegevoegd.

8. Atiyah verzet zich tegen deze benadering. Hij vraagt zich af wat er met het contractenrecht is misgegaan wanneer een claim die op een afspraak berust niet als een contract kan worden afgedwongen. De bezwaren die tegen het aanvaarden van een overeenkomst kunnen worden ingebracht (m.n. onvoldoende bewijs, afwezigheid van consideration, zie noot 363, en vormgebrek wegens strijd met Section 40 van de Law of Property Act) worden door hem op — vanuit zijn opvatting over het contractenrecht, zie hieronder nr. 4 — betrekkelijk eenvoudige wijze weerlegd. Atiyah merkt op dat de doctrine van promissory estoppel het bij de rechter wint van het 'oude' contractenrecht, zelfs als beide wegen naar hetzelfde resultaat leiden. Hij constateert een zelfde beweging in Amerika, waar promissory estoppel het gehele contractenrecht lijkt op te slorpen.

Opmerkenswaard is vooral, dat Atiyah zich afvraagt, zie ook Gilmore hierboven, 'How will this case be indexed in the Digest and Law Reports? How will textbookwriters deal with it?'

9. Hierover uitgebreid Köndgen, Selbstbindung, blz. 77 e.v.

10. Hiertegen keert zich Reinicke, NJW 1970 blz. 1449 l.k., die aan de hand van een uitleg van de tekst van de wet stelt, dat het ter beschikking stellen van de zaak het vormgebrek voor het verleden kan helen, maar niet voor de toekomst. Kühne, Vertrauensgedanke, blz. 268, stelt hiertegenover dat zowel het Bundesgerichtshof als Reinicke ten onrechte geen oog hebben voor de omstandigheid dat 'der Versprechensempfänger über eine lange Zeit seine Lebensverhältnisse im Vertrauen auf das Versprechen des Schenkers eingerichtet hat'. Toegegeven kan worden dat het BGH dat nauw aan-

Hoge Raad der Nederlanden laat een nietige overeenkomst, na uitvoering, via het kanaal van de gerechtvaardigde verwachting uitmonden in het vlak van de onrechtmatige daad¹¹ – maar hij gebruikt deze instrumenten niet voor het doel waarvoor ze zijn gegeven. Hij zet ze naar zijn hand.

Op dit moment leent het Nederlandse geval zich het best tot illustratie van deze stelling. Wanneer de Hoge Raad zegt dat het *niet nakomen* van een nietige overeenkomst *onrechtmatig* is onder de omstandigheden, zegt hij in feite niets anders dan dat nakomen geboden is. De onrechtmatige daad is hier een omweg. Maar als de plicht tot nakomen niet berust op overeenkomst en in feite evenmin op onrechtmatige daad, waarop dan wél? Het heeft er alle schijn van dat de verbintenis berust op de omstandigheid dat er hier sprake is van een voldongen feit dat een de overeenkomst aanvullende bron van verbintenis wordt. In alle betrokken rechtsstelsels is een dergelijke juridische versie van het ‘gedane zaken nemen geen keer’ terug te vinden.¹² In tegenstelling echter tot het internationaal privaatrecht – dat aan het *fait accompli* een eigen status toekent¹³ – is in het burgerlijk recht het *fait accompli* als zodanig¹⁴ onbekend. Voor dit type van gevallen wordt de rechtvaardiging van de verbintenis algemeen gezocht en gevonden in ‘het vertrouwen’. In alle bovengenoemde¹⁵ gevallen is er echter duidelijk

sluitend bij par. 518 II BGB stelt: ‘Sind Gegenstand eines Schenkungsversprechens nur Besitz und Nutzung einer Sache, so wird der Mangel der Beurkundungsform schon dadurch geheilt, dass der Schenker die Sache dem Beschenkten einmalig zum Zwecke der Nutzung übergibt’, deze omstandigheid niet bespreekt. Aan de beslissing zelf kan echter nauwelijks een andere gedachte ten grondslag liggen.

11. Schoordijk, *Onderhandelen*, blz. 30/31, wijst er op dat het feit dat men onvoorzichtig de schijn wekt dat een overeenkomst tot stand is gekomen, tot schadevergoeding kan verplichten, waarbij de grondslag voor aansprakelijkheid nu eens gefundeerd wordt op onrechtmatige daad dan weer op wanprestatie. Duidelijk is dat de drie arresten die hij t.a.p. bespreekt, ook in zijn opvatting in feite op één noemer thuishoren die wanprestatie noch onrechtmatige daad heet. Het is echter typisch Schoordijkiaans om het ‘uiteindelijk om het even’ te noemen hoe een goed resultaat tot stand wordt gebracht.

12. Van deze zijde bezien, vervalt het bezwaar dat Bloembergen aanvoert tegen het arrest, zie NJ 1978, blz. 545, r.k. Bloembergen merkt op, dat het feit dat aan een wettelijk vereiste omtrent het sluiten van overeenkomsten niet voldaan is, niet – zoals de Hoge Raad stelt – in de weg staat aan een actie uit onrechtmatige daad, in het geval Brilmij-Ziekenhulp wel bevredigend is, maar dat men toch voorzichtig moet zijn met het toekennen van dergelijke acties: ‘Het kan er immers makkelijk toe leiden, dat op verkapte wijze toch rechtskracht wordt toegekend aan de overeenkomst: als iemand een zaak voor een hogere prijs dan de wettelijk toegestane prijs verkoopt en de overeenkomst op die grond nietig is, zal hij niet met een actie uit onrechtmatige daad de koopprijs kunnen opvorderen, wanneer de koper bij hem de verwachting heeft gewekt, dat hij zou betalen’. Wanneer als grond voor de actie wordt gezien, niet een onrechtmatige daad *noch de gewekte verwachting*, doch een feitencomplex dat, achteraf, bestempeld kan worden als een *fait accompli* (er is teveel gebeurd dat niet kan worden teruggedraaid), is er voor dergelijke bezwaren geen grond. Dat voor gevallen van *fait accompli* eigen maatstaven moeten worden ontwikkeld, staat vast. Zie Slotopmerkingen.

13. Zie met name Joppe, *Overgangsrecht in het internationaal privaatrecht en het fait accompli*, diss. Leiden 1987, en voor het *fait accompli*-beginsel in Nederland en elders, blz. 177 e.v.

14. Rechtsfiguren die in wezen op het *fait accompli* berusten zijn, natuurlijk, verjaring, natrekking, rechtsverwerking, derdenbescherming e.d.m. Hier is het *fait accompli* geïnstitutionaliseerd. In het Nieuw BW zijn als nieuwe voorbeelden te noemen art. 3:45 lid 3, art. 3:53 lid 2, art. 3:58 en 6:258.

15. En soortgelijke. Zie hoofdstuk III.

méér geïnvesteerd dan vertrouwen alleen. Hoe verhoudt zich nu dit meerdere tot het vertrouwen dat daaraan voorafging? Mijn veronderstelling luidt, dat 'het meerdere' doorslaggevend is voor het ontstaan van verbintenissen en 'het vertrouwen' (slechts) *conditio sine qua non*. Het is het voldongen feit en niet het vertrouwen dat de verbintenis draagt. Het laat zich echter aanzien dat de rechter, om met Gilmore te spreken, slechts instinctief voor deze benadering kiest.

Dit rechtvaardigt een onderzoek naar de aard en de omvang van wat hier zo voor de vuist weg 'het beginsel van het *fait accompli*' wordt genoemd. Wat moet daar onder worden verstaan? Wat is er van — met name voor het Nederlandse recht — de betekenis? Op welke plaatsen in het recht wordt het aangetroffen? Welke maatstaven worden daarbij gehanteerd? Wat is van het beginsel de werkingssomvang? Moet hiervoor in het systeem een eigen plaats worden ingeruimd? En vooral: wat is de reden dat het *fait accompli* in het recht zo een groot gewicht kon krijgen? In de navolgende studie worden deze vragen aan de orde gesteld. Wanneer echter, zoals hier, wordt uitgegaan van *de stelling: dat het fait accompli fungeert als een aanvullende wijze van ontstaan en tenietgaan van verbintenissen*, moet zijn plaats worden uiteengezet tegen de achtergrond van de bronnen van verbintenis. De weg die moet worden afgelegd om voor bovenstaande stelling bewijs bij te brengen, is lang. Maar niet eentonig. Hij voert, praktisch, door het gehele vermogensrecht.

IV Het recht, geboren uit de feiten, past zich aan bij de feiten. Dit is een proces dat zich steeds opnieuw voltrekt. Zo biedt ook het Nieuw BW weer voorbeelden van nieuwe categorieën van voldongen feiten die in het systeem als rechtsfeiten een rol gaan vervullen. Een sprekend voorbeeld is art. 3:53 lid 2, waarvan de eerste zin als volgt luidt:

“Indien de reeds ingetrokken gevolgen van een rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden, kan de rechter desgevraagd aan een vernietiging geheel of ten dele haar werking ontfeggen.”

Het voldongen feit stelt de wettelijke regel buiten werking. Dit doet zich ook voor bij de ongerechtvaardigde verrijking: wanneer de verrijkte met de verplichting tot vergoeding geen rekening behoefde te houden en, bij voorbeeld op grond van uitgaven die zonder de verrijking zouden zijn uitgebleven, de verrijking heeft verminderd, wordt hem dit niet toegerekend.

Uit art. 6:258, dat de rechter machtigt consequenties te verbinden aan onvoorziene omstandigheden die de gevolgen van een overeenkomst beïnvloeden, blijkt dat het feit *accompli* ook een krachtige rol kan spelen binnen het rechtskader dat partijen voor zichzelf en elkaar hebben gekozen. De bekrachtiging van art. 3:58 ligt in dezelfde lijn. Van een “ingebouwd fait accompli” is weer sprake in art. 3:36, dat voor bescherming van de beschermde personen verlangt, dat zij in vertrouwen op een bepaalde rechtsberekking hebben “gehandeld”. In al deze gevallen gaat het om wetsartikelen. Het belang van bepaalde feiten, of van feiten binnen een bepaalde context, is door de wetgever onder ogen gezien als zijnde “sterker dan de leer”.

V Het is wenselijk dat aan deze sterke werking van het voldongen feit in het recht door de rechter consequenties worden verbonden in die gevallen waarin het Nieuw BW deze lijn niet heeft doorgetrokken. Zo zal een derde die te goeder trouw doch om niet verkreeg van een onbevoegde, en die op grond van art. 3:86 derhalve niet in zijn verkrijging wordt beschermd, deze bescherming wel deelachtig behoren te worden wanneer hij aantoot dat hij bij deze verkrijging niet is gebaat. Omgekeerd behoort aan de verkrijger te goeder trouw van een onroerend goed, die op grond van art. 3:88 ook wordt beschermd wanneer hij om niet heeft verkregen – een bescherming die hem wordt toegekend vanwege een “ingebouwd fait accompli”, vgl. Tw.K. 1983-1984, 17496 nr. 6 blz. 12 – deze bescherming te worden onthouden wanneer de gedeposedeerde bewijst dat deze derde door specifieke omstandigheden aan zijn kant per uitzondering niet voor bescherming in aanmerking behoort te komen. Te denken valt bij voorbeeld aan het geval waarin een geschonken onroerend goed uitsluitend als geldbelegging wordt geëxploiteerd.

Stellingen behorende bij het proefschrift: *Het fait accompli in het vermogensrecht* door B.W.M. Nieskens-Isphording.

Stellingen

- I Elk (vermogensrechtelijk) rechtssysteem, is opgebouwd uit regels, die aan bepaalde feiten bepaalde rechtsgevolgen verbinden. Het recht vloeit als het ware uit de feiten voort. Geldt dit voor alle regels die een geldend rechtssysteem inhoudt, het geldt, vanuit een hoger perspectief bezien, voor het rechtssysteem zelf. Eerst zijn er de feiten: personen wisselen goederen en diensten uit. Worden aan deze feiten sancties verbonden, met andere woorden, worden door de overheid op grond van die feiten bepaalde gevolgen afdwingbaar gemaakt, dan is er het recht.
- II In een primitieve maatschappij is het nodig dat die feiten zichtbaar zijn. Zo zegt Decugis (Les Étapes du Droit I, blz. 122) over de overeenkomst:

“Les premiers contrats ont été des contrats “réels”, tirant leur existence d’un fait matériel (c’est à dire déjà réalisé et visible à l’oeil nu) et non d’une promesse juridique purement idéale. Dans le droit romain des premiers siècles, comme dans toutes les législations archaïques, le contrat consensuel est inconnu; le simple pacte ou accord des volontés est impuissant pour faire naître un contrat. Ex nudo pacto actio non nascitur, disaient les vieux jurisconsultes romains bien avant l’époque classique. C’est ainsi que les contrats primitifs ont été, semble-t-il, des contrats qui n’existaient que par un fait matériel et tangible, tel que la remise d’un objet prêté, ou confié à titre de dépôt ou de gage, tel encore qu’un échange de choses faisant l’objet d’un troc, ou un service rendu.”

Dit wil zeggen dat er aanvankelijk voor rechtsgevolg sprake moet zijn van een “voldongen feit”. Pas in een later stadium kan men zich hiervan losmaken en zijn op elkaar aansluitende wilsverklaringen als rechtsfeit voldoende om een overeenkomst in het leven te roepen. Het materiële aspect dat aan de rechtsfiguur ten grondslag lag, is dan op de achtergrond gedrongen.

- III Verondersteld mag worden, dat een groot aantal rechtsregels op deze wijze – door het verbinden van rechtsgevolgen aan wat zich reeds had gematerialiseerd – uit het stellen van sancties op “voldongen feiten” is voortgekomen, ook wanneer dit niet altijd meer – zoals bij de overeenkomst – aanwijsbaar is. Aan een aanzienlijk aantal figuren anderzijds, is de oorsprong van “geïnstitutionaliseerd feit accompli” nog rechtstreeks af te lezen. Rechtsverwerking, verjaring, en voorts de natrekkingsregel, zijn de wellicht meest voor de hand liggende voorbeelden. Maar ook de bepaling die inhoudt dat een Paulianeuze handeling om niet, *niet* kan worden vernietigd wanneer de begiftigde aantoont dat hij door de rechtshandeling niet was gebaat, kan tot deze figuur worden teruggebracht.

I. Waarom het vertrouwen geen bron van verbintenissen kan zijn

'if in all but amazing cases manifestation did not roughly coincide with intent, we should have no law of contract to make an "objective reliance" necessary'.

Llewellyn, Encyclopedia of the Social Science, Vol. 4, p. 339.

1. Waaruit ontstaan verbintenissen? Het heeft er alle schijn van dat dit de kernvraag van het moderne privaatrecht is geworden, en niet alleen in Nederland. Honderd, ook vijftig jaar geleden nog, was het antwoord eenvoudig. Verbintenissen ontstaan of uit overeenkomst, of uit de wet. Dit gold voor Nederland, waar art. 1269 BW dit letterlijk zo formuleerde¹, voor de omringende landen die tot de zelfde rechtskring behoren², én voor de Anglo-Amerikaanse rechtsstelsels.³ Van beide typen van verbintenissen is die uit overeenkomst de belangrijkste. Het mag dan niet verwonderen dat de centrale vraagstelling van het privaatrecht – waarvan het verbintenissenrecht het kloppende hart is – gedurende lange tijd luidde: wat is nu precies de grondslag van de overeenkomst? Vanaf 1875, toen in Duitsland de vraag actueel werd nadat het uit een andere tijd stammende antwoord: de partijwil, aan vanzelfsprekendheid begon in te boeten⁴; tot 1979, toen Nieuwenhuis zijn dissertatie begon met de opmerkelijke vaststelling dat 'De verbindende kracht van de overeenkomst berust op drie beginselen'⁵, is steeds opnieuw een antwoord op juist deze vraag gezocht. Inmiddels is duidelijk dat de antwoorden die tot op dit moment gegeven werden⁶, de hedendaagse problemen van het verbintenissenrecht, die bepaald niet gering zijn te noemen⁷, niet kunnen oplossen. Daarvoor zijn nieuwe antwoorden no-

1. 'Alle verbindtenissen ontstaan of uit overeenkomst, of uit de wet'.

2. Esser/Schmidt, par. 4.

3. Met dien verstande dat ook hier een scheiding wordt gemaakt tussen vrijwillig aangegane en door het recht opgelegde 'obligations'. Zie Treitel, blz. 1.

4. Zie Smit, Grondslagen, blz. 19 e.v.

5. Diss. blz. 3.

6. Zie Asser-Rutten-Hartkamp II, nr. 36, alwaar terecht wordt opgemerkt dat de vraag naar de grondslag van de overeenkomst een andere is dan die naar de grondslag van de *verbindende kracht* van de overeenkomst (vgl. Nieuwenhuis, diss. blz. 1 en verder). Om deze eerste vraag is het, wanneer het probleem 'wil of vertrouwen' aan de orde werd gesteld (vgl. Smit, Grondslagen) steeds gegaan.

7. In Nederland wordt de problematiek *als zodanig* weinig aangeroerd. Wel zijn diverse daarmee samenhangende probleemgebieden in de aandacht gekomen, zoals: precontractuele verhoudingen, de betekenis van de toezegging, de plaats van de algemene voorwaarden, de derdenwerking van contracten. Zie voor algemene beschouwingen, alle van oudere datum, Bakels, Macht en Onmacht in

dig – waartoe eerst nieuwe vragen moeten worden gesteld. In Nederland werd hiertoe een aanzet gegeven door Van Dunné, die sinds 1969 met niet aflatende vasthoudendheid een, door jurisprudentiële bewijsvoering ondersteund, pleidooi houdt voor een Umwertung van de theorie van het verbintenissenrecht.⁸ Hij heeft daartoe de scheiding van art. 1269 BW tussen overeenkomst en wet als bron van verbintenis, verlaten, een scheiding die in wezen teruggaat op een scheiding tussen gekozen en opgelegde verbintenissen. Deze tweeslag wordt ook in het Nieuw BW weer gemaakt, waar de rechtshandeling in beginsel wordt gefundeerd op de ‘op een rechtsgevolg gerichte wil’⁹, en de verbintenissen uit de wet worden opgelegd op grond van feiten en gedragingen los van de wil van de betrokken partijen. Van Dunné heeft daartoe het begrip rechtshandeling van een andere inhoud voorzien. Een rechtshandeling is in zijn opvatting

‘een handeling verricht door een persoon, bestaande in een doen of niet-doen, waardoor krachtens de normen van het geldende recht – gezien de aard van de handeling, de omstandigheden waaronder, en de wijze waarop zij tot stand kwam – rechtsgevolgen ontstaan die de handelende worden toegerekend’.¹⁰

De onrechtmatige daad is hier evenzeer rechtshandeling als het sluiten van een overeenkomst, in beide gevallen worden rechtsgevolgen toegerekend en is er dus sprake van een rechtshandeling. Het is al eerder opgemerkt dat hiermee de problemen niet worden opgelost maar verschoven.¹¹ Wanneer Van Dunné stelt dat elke handeling – niet alleen de handeling die op rechtsgevolg is *gericht*, zoals art. 3:33 Nieuw BW bepaalt – een rechtshandeling is wanneer daaruit *krachtens normen van geldend recht* rechtsgevolgen ontstaan – dan levert dat een nieuwe theorie op die – als theorie – verdedigbaar is want what’s in a name . . . maar die verder niets oplost want het zijn ‘de normen van het geldende recht’ die de moeilijkheden veroorzaken. Wanneer/waarom is er sprake van een verbintenis? Van Dunné geeft geen bevredigend antwoord op deze vraag. Hij constateert (slechts) een kloof tussen praktijk en doctrine – hij spreekt van ‘twee werelden’¹² – en hij heeft die kloof willen dichten door ‘de werkelijke theorie’¹³ van het verbintenissenrecht bloot te leggen door middel van een analyse van de rechtspraak. Het ging er hem daarbij met name om, de oude wilsleer te elimineren en te vervangen door zijn toerekeningsleer: niet de autonome persoon van de handelende is bij de rechtsvinding (de vraag of verbintenissen ont-

→
het Privaatrecht, rede 1965; Van der Grinten, Moderne Rechtsontwikkeling, in: De ontwikkeling der wetenschappen in de laatste halve eeuw, 1954, blz. 273 e.v.; Koopmans, Contractueel Stippelwerk, rede 1965; Van Oven, Aere Perennius, rede 1956; Valkhoff, Een eeuw rechtsontwikkeling, 1938.

8. Diss.; Verbintenissenrecht 1985.

9. Art. 3:33 Nieuw BW luidt: ‘Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard’.

10. Diss. blz. 12.

11. Nieuwenhuis, diss. blz. 21.

12. Diss. blz. 439.

13. Mijn formulering.

staan zijn en wat daarvan de inhoud is), het middelpunt, maar de *rechtsorde*; de grondslag voor gebondenheid in rechte blijkt niet in het willen van de handelende gelegen te zijn, maar in zijn *handelen opgevat in zijn maatschappelijke betekenis*.¹⁴

De wil van het individu telt niet bij het bepalen van de rechtsgevolgen die zijn gedragingen teweeg brengen.¹⁵ Dat is, when all is said and done, de boodschap die Van Dunné brengt. De moeilijkheid is nu, dat dit wél en ook niét waar is. De paradox doet zich voor, dat de wil tegelijkertijd de hoeksteen is van het gehele privaatrecht, én dit niet meer dragen kan. Met de principiële ontkenning van de autonomie van de handelende persoon, worden niet alleen de problemen niet opgelost, in feite wordt daarmee het privaatrecht ontkend. Want

‘Alle Versuche, das Privatrecht als eigenständigen Teil einer Rechtsordnung zu erkennen und der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht einen vernünftigen Sinn zu verleihen, führen zur Privat- oder Parteiautonomie. Sie ist das für den Charakter des Privatrechts primär massgebende Prinzip, dem einzelnen Spielraum für eine selbstverantwortliche Gestaltung seiner Lebensverhältnisse zu lassen’.¹⁶

Dit is (nog) de heersende opvatting in de westerse wereld, die niet alleen in de doctrine maar ook in wet en rechtspraak tot uitdrukking komt.¹⁷ De problemen van het privaatrecht, die inderdaad met name gelegen zijn in het overeenkomstenrecht en die onmiskenbaar voortvloeien uit de erkenning van de partijautonomie, zullen niettemin opgelost moeten worden *met handhaving van dit uitgangspunt*. Of het privaatrecht als onafhankelijk systeem in de rechtsorde levenskrachtig zal blijven, hangt dáár van af, zegt Raiser,

‘ob die Vorstellungen von Freiheit, Selbstbestimmung und Eigenverantwortung des Menschen, die hinter seinen Rechtsinstituten (des Privatrechts, schr.) stehen, ihre Überzeugungskraft behalten werden, und ob eine an diesen Leitbildern orientierte Gesellschaft bereit ist, dem Einzelnen einen, sei es auch beschränkten Spielraum freien Erwerbs von und freier Verfügung über Vermögensgüter zuzubilligen’.¹⁸

In de woorden van Nieuwenhuis:

‘Het privaatrecht staat en valt met de erkenning van het fundamentele recht op zelfbeschikking (. . .) Eigendom en overeenkomst, twee kernthema’s van het privaatrecht, zijn slechts te begrijpen als uitingsvormen van deze autonomie’.¹⁹

14. Diss. blz. 440.

15. Hij is deze opvatting onverkort trouw gebleven, vgl. Verbintenissenrecht 1985, blz. 204.

16. Merz, Privatautonomie heute, JuS 1979, blz. 1 e.v.

17. ‘Ons privaatrecht wil zijn de formulering en de garandering van de vermogensrechtelijke vrijheid’, Bakels, rede 1965, blz. 15. Zie ook onder nr. 7.

18. Raiser, Die Aufgabe, blz. 220.

19. Diss. blz. 63.

Ook in de Anglo-Amerikaanse rechtssfeer wordt dit uitgangspunt onderkend.

'Thus, in the field of contracts the opposing principles of freedom and social control are in operation. And in the evolution of the modern law of contracts the principle of social control has steadily been on the increase, a development which is part of a larger phenomenon: the socialization of the law. Still, there are wide areas dominated even today by the principle of private autonomy'.²⁰

Dit vrijheidsbeginsel wordt door Van Dunné genegeerd: in zijn theorie is

'voor het wilsbegrip, ook in geobjectiveerde vorm, geen plaats'.²¹

Dientengevolge (ver)wordt het verbintenissenrecht tot één open gebied waar gedragingen aan personen worden toegerekend op grond van open normen die uiteindelijk neerkomen op één norm, namelijk, dat men zich in het maatschappelijk verkeer behoorlijk heeft te gedragen.²² Deze norm is echter te ongedifferentieerd om antwoord te geven op de vraag waaruit verbintenissen ontstaan. Van Dunné heeft dit onderkend. Hij merkt op dat zijn systeem

'slechts een *frame* biedt, een rechtsstructuur, waarmee men bij de rechtsvinding (. . .) de noodzakelijke ruimte behoudt om met inachtneming van de in casu geldende maatschappelijke inzichten, de zich voordoende rechtsvragen tot een oplossing te brengen'.²³

Van Dunné biedt een theorie. Geen oplossing voor concrete dringende vragen.

2. Vruchtbaarder is hiernaast de benadering van Schoordijk wanneer hij zegt:

'Ieder vermogensrechtelijk denken, dient een denken te zijn, dat primair gericht is op het al dan niet gerechtvaardigd zijn van vermogensverschuivingen. Men kan ook het woord *primair* weglaten en stellen, dat alle vermogensrechtelijk denken een denken in termen van ge- en ongerechtvaardigde verrijking is'.²⁴

Deze stelling van Schoordijk verwijst naar de kern van het vermogensrecht. Het

20. Kessler/Gilmore, Contracts, blz. 2.

21. Diss. blz. 10.

22. Diss. blz. 208.

23. Diss. blz. 202. Met name kan aan Van Dunné de vraag worden gesteld wat zijn – het gehele systeem omverwerpende – theorie aan concrete winst te bieden heeft nu hij steeds opnieuw met zoveel instemming verwijst naar de 'normen van geldend recht', die immers tot stand zijn gekomen via de door hem verworpen gedachtenconstructies.

24. Rede 1977, blz. 4.

eigendomsrecht²⁵ is de bodem van het vermogensrecht²⁶ – wijzigingen behoeven legitimering. Maar Schoordijk zegt met deze welhaast programmatische omschrijving meer dan dat. Gebruikelijk is, dat naast het eigendomsrecht slechts de overeenkomst tot het kernbestand van het vermogensrecht gerekend wordt. De eigendom is het grondbegrip, het contract – dat de uitwisseling van eigendomsrechten op vrijwillige basis mogelijk maakt en als zodanig wel het belangrijkste ‘eigendomsrecht’ genoemd wordt²⁷ – staat daaraan ten dienste. Een belangrijke rol is nog weggelegd voor de onrechtmatige daad, vanwege het feit dat eigendom noch contract zonder een dergelijk beschermingsmechanisme bevredigend kunnen functioneren.²⁸ De overige bronnen van verbintenis zijn daarnaast van ondergeschikte betekenis. Schoordijk doorbreekt deze rangorde. Hij haalt de ongerechtvaardigde verrijking naar voren en verwijst daarmee in feite naar een oerbron, waar alle bronnen van verbintenis uiteindelijk op terug te voeren zijn: vermogensverschuivingen hebben ‘een’ rechtvaardiging nodig, het systeem heeft er slechts voor te waken dat *ongerechtvaardigde* verrijking plaatsvindt. Hiermee wijst Schoordijk de weg naar een concretisering van art. 6:1 Nieuw BW – dat, heel wat problematischer geformuleerd dan zijn voorganger art. 1269 BW, luidt: ‘Verbintenissen kunnen slechts ontstaan indien dit uit de wet voortvloeit’ – en daarmee in feite naar een nieuw verbintenissenrecht. Het is dit nieuwe verbintenissenrecht waar het om gaat. Het is onmiskenbaar in statu nascendi. Het is echter aan de theorie nog niet gelukt er greep op te krijgen. Dit lijkt met name een gevolg van het feit dat alle aandacht als vanouds geconcentreerd is gebleven op de overeenkomst als belangrijkste bron van verbintenis. Om de problemen ten aanzien van de overeenkomst tot

25. Dit is van deze studie de dragende stelling. Van belang is dan ook een duidelijke omschrijving van wat onder ‘eigendom’ wordt verstaan. Dat het niet kan gaan om eigendom in de zin van art. 5:1 NBW (‘Eigendom is het meest omvattende recht dat een persoon op een *zaak* kan hebben’, waarbij onder zaak een ‘voor menselijke beheersing vatbare stof’ wordt bedoeld, art. 3:2 NBW) ligt voor de hand. Maar deze begripsvorming is omstreden, zie Wiarda, Eggensnummer, WPNR 4701 (1961), blz. 583. Vgl. voor kritiek vanuit de common law Friedmann, die deze (Franse, Duitse, Zwitserse, Italiaanse, Russische – en vanaf 1992 ook Nederlandse) opvatting met betrekking tot de eigendom veroordeelt: ‘In its political and sociological – and, indeed, in its popular – sense “property” is clearly not confined to ownership in “things” (Sachen). It comprises not only the realty and personality – or, more precisely, immovable and movable objects – but also patents, copyrights, shares, claims. In this respect, Anglo-American conceptions of property are closely in line with the sociological and popular meaning, whereas civilian concepts of property still labour under an artificial division inherited from Roman jurisprudence, and out of step with the reality of modern industrial society’, blz. 94. In de common law wordt elk vermogensrecht als ‘property’ gekwalificeerd. In een rechtsvergelijkende studie als de onderhavige is het op zijn plaats een gelijk, ruim, eigendomsbegrip te hanteren.

26. Het eigendomsrecht wordt (nog) beschouwd als de ruggegraat van het gehele privaatrecht. De kernachtige uitspraak van Gray & Symes, *Real Property and Real People*, London 1981, blz. 3: ‘Property is necessarily a central element in any system of rules concerned with the governance of human activity’, is in alle toonaarden in de rechtsliteratuur van de gehele westerse wereld terug te vinden. Zie voor het belang dat aan de eigendom wordt toegekend de bijna onafzienbare bibliografie bij Slagter, RM Rhemis 1976, blz. 314 noot 123.

27. Zie Kessler/Gilmore, *Contracts*, blz. 36. Vgl. ook Friedmann, blz. 100.

28. Zie voor de samenhang tussen eigendom, overeenkomst en onrechtmatige daad Zweigert/Kötz I blz. 108. Vgl. ook Slagter t.a.p.

een oplossing te brengen, zal het verbintenissenrecht *in zijn totaliteit* aan een onderzoek onderworpen moeten worden. Daartoe wordt hier een poging ondernomen waarbij, als beginpunt, aangeknoopt wordt bij een studie van Van der Heijden uit 1928.

3. Dit opstel van Van der Heijden, getiteld 'De toerekenbare schijn en de bronnen der verbintenis'²⁹, is in wezen een lofzang op art. 1269 BW, dat luidt:

'Alle verbindtenissen ontstaan of uit overeenkomst of uit de wet'.

Dit artikel, dat wezenlijk afwijkt van zijn Franse voorganger³⁰, heeft nooit een goede roep gehad. De tweeslag wet/overeenkomst is

'het gevolg eener verwarring van den grond en van de oorzaak of bron eener verbintenis'

genoemd³¹, ook 'minder juist' en niet onberispelijk en, door Eggens, zachtzinnig, 'niet fraai'.³² Van der Heijden echter heeft de onderscheiding volstrekt juist bevonden, en hij heeft voor dit oordeel ook enige medestanders weten te vinden.³³ Maar uiteindelijk is art. 1269 vaker veroordeeld dan verdedigd. De kritiek kwam, in de kern, steeds op hetzelfde neer: art. 1269 stelt twee ongelijke grootheden tegenover elkaar. Wet en overeenkomst, zo heette het, staan niet tegenover en niet naast elkaar als bron van verbintenis. In dezelfde zin waarin de overeenkomst dat is, kan de wet niet als bron van verbintenis worden voorgesteld. Oorzaak van verbintenis is een toestand of handeling, daarachter staat in alle gevallen gelijkelijk de wet.³⁴ Geringschattend stelt Opzoomer:

'De bronnen van het objectieve recht heeft men met die van het subjectieve — waarbij men van een recht, *mijn* recht enz. spreekt — verward. Men heeft de overeenkomst tot rechtsbron verheven en aan de andere kant de wet vernederd tot den rang

29. RM 1928, blz. 1 e.v.

30. Art. 1370 Cc luidt: 'Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé.

Les uns résultent de l'autorité seule de la loi; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé.

Les premiers sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée.

Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits; (. . .).

Zie hierover de interessante beschouwingen bij Van der Heijden, t.a.p. blz. 9 e.v.

31. Diephuis, Het Nederlandsche Burgerlijk Recht X, blz. 344.

32. Asser-Van Goudoever, Handleiding III, blz. 243; Asser-Rutten I blz. 53; Eggens, VPO 2, blz. 236.

33. Van Brakel par. 15; Hofmann-Van Opstall, blz. 38; Pitlo-Bolweg blz. 37.

34. Samentrekking van de kritiek die loopt van Opzoomer tot Asser-Rutten. Zie voor vindplaatsen Asser-Rutten I blz. 53 e.v. Recentelijk in dezelfde zin Schut, Rechtshandeling, blz. 100.

van het contract, haar evenals dit tot oorzaak beschouwend van concrete rechtsbetrekkingen'.³⁵

Van der Heijden heeft gekozen voor een andere, scherpere, benadering. Aan de hand van art. 1269 heeft hij wezenlijke kenmerken van het verbintenissenrecht aan de orde gesteld, die als bouwstenen voor een theorie omtrent de bronnen van verbintenis niet kunnen worden gemist.

4. Het belang van Van der Heijden's uiteenzettingen, die, het moet bij voorbaat gezegd zijn, zeker door de tijd zijn ingehaald en gepasseerd, is gelegen in de kern: zijn klare stellingname met betrekking tot de wijze waarop verbintenissen tot het positieve recht behoren. Van der Heijden onderscheidt de verbintenissen uit overeenkomst als praeexistent aan het positieve recht waarin zij worden *erkend*, van de verbintenissen die aan het positieve recht *hun ontstaan danken*. In deze visie ontstaan verbintenissen in twee gescheiden sferen, in de individuele, en in de sociale. In de ene is de wil van het individu gerechtigd om binnen eigen sfeer te ordenen wat haar toekomt. Daar waar de wil van partijen ophoudt rechtsgevolg in het leven te roepen, neemt een andere wil, de sociale, die taak over. Gekozen verbintenissen staan aldus tegenover opgelegde verbintenissen, de eerste gegrond in de individuele, de tweede in de sociale rechtssfeer. Van der Heijden verwijst hier naar Hugo de Groot, die 'toestemming' en 'onevenheid' als bron van verbintenis onderscheidde. Deze tweedeling wordt in wezen ook teruggevonden in het Nieuw BW, waar de *rechtshandeling*, in beginsel, op toestemming (wil) berust, en de *verbintenissen uit de wet*, op de keper beschouwd, *alle* dienen tot herstel van onevenheid.³⁶

'Niet feit, maar wil, bepaalt de rechtsorde',

stelt Van der Heijden, die dan vervolgt:

'Misvatting hiervan deed de vroegere poging tot klassificatie mislukken, voor zoover daarbij de feitelijke voorwaarden van rechtsgevolg verward werden met de rechtsorzaken der verbintenissen. Juist het schrappen van alle bloot feitelijke voorwaarden als bronnen der verbintenis wijst erop, dat men het laatste begrip heeft teruggebracht binnen zijn juiste grenzen van dat der werkende oorzaak. Wet en overeenkomst verdienen daarbinnen op gelijke wijze plaats. Als agentia van dezelfde orde staan zij thans naast elkander (. . .) Wij behooren tot hen, die in de rechtsorde zien een poging tot evenwicht tusschen individueele en sociale momenten, elk met eigen, beide met gemeenschappelijke sfeer. Daarvan geeft art. 1269 BW een gecondenseerde formule'.³⁷

Gedateerd is de betekenis die Van der Heijden aan de individuele wil toekent. Het onderscheid in gekozen en opgelegde verbintenissen *met als scheidslijn de*

35. Opzoumer V, blz. 20.

36. Zie hieronder de nrs. 8 e.v.

37. T.a.p. blz. 28. Onderschreven door Bregstein, Gedenkboek BW, blz. 437/438.

grens tussen de verbintenis uit overeenkomst en de verbintenis uit de wet, is reeds lang niet meer houdbaar. Maar verhelderend, en ook nu nog van betekenis, is het hart van zijn betoog: niet feit, maar *wil* bepaalt de rechtsorde. Op dit punt heeft hij Eggens lijnrecht tegenover zich gevonden in diens opvatting dat

‘alle bronnen van verbintenis te zamen zijn aan te duiden als *feiten*, door het recht bepaald als rechtsfeiten’.³⁸

Juicht Van der Heijden de onderscheiding die art. 1269 maakt toe als de voor het verbintenissenrecht fundamentele onderscheiding in individuele en sociale rechtsorde, Eggens stelt hiertegenover dat de norm van art. 1269

‘is terug te brengen tot deze andere: een verbintenis ontstaat doordat zich verbindende rechtsfeiten voordoen, d.w.z. feiten, welke naar heersende en (door de rechter in wijsheid te ontwikkelen) rechtsovertuiging den betrokkene als persoon tot een praestatie verplichten’.³⁹

Zoals Van der Heijden de wil verabsoluteert, zo verabsoluteert Eggens – vanuit de opvatting dat in het (verbintenissen)recht de ontwikkeling van de mens tot persoon, tot vrije zedelijke mens, centraal staat – zijnerzijds het feit:

‘de feiten dwingen tot praestatie (leveren een verbintenis op) wanneer het begrip van den mens als (rechts)persoon, op grond van zijn verhouding tot die feiten daartoe dwingt’.⁴⁰

Aan Eggens kan een soortgelijk verwijt worden gemaakt als aan Van Dunné. Beiden verwijzen uiteindelijk naar ‘de betamelijkheid’ als bron van verbintenis. Dit is zozeer juist dat er niets meer mee gezegd is. In deze benadering blijft bovendien een voor goed begrip van de verbintenis belangrijk aspect onderbelicht, namelijk het feit, door Van der Heijden wel onderkend, dat in de onderscheiding die in art. 1269 BW wordt gemaakt, een *functionele* scheiding tussen de verschillende ontstaanssoorten van verbintenissen gelezen kan worden. Het verbintenissenrecht staat in dienst van het economisch verkeer. Als onderdeel van het vermogensrecht, dat dié rechten tot onderwerp heeft die dienen tot de bevrediging van de menselijke behoeften⁴¹, ordent het enerzijds via de overeenkomst het vrije ruilverkeer van goederen en diensten en is het anderzijds via de onrechtmatige daad en de andere verbintenissen uit de wet, aan de noodzakelijke bescherming van de persoon in diezelfde goederen ten dienste gesteld. Het gaat hier om een maatschappelijk grondpatroon dat (bij voorbeeld) ook in het Duitse BGB kan worden onderkend. Het BGB Schuldrecht gaat uit van een

38. VPO 2, blz. 203.

39. Noot 8.

40. Blz. 203.

41. Zie voor een fundamentele uiteenzetting Enneccerus-Nipperdey I par. 15, die – in essentie – ook voor Nederland geldt. Vgl. voor indringende omschrijvingen van privaatrecht, vermogensrecht, verbintenissenrecht enz. ook Coing, FS Dölle, blz. 25 e.v. en m.n. blz. 26/27.

‘ziemlich scharf konzipierte Trennung zwischen der weithin unreglementierten Sphäre des Gütertausches und der durchweg vorgeordneten Zone des Güterschutzes’.⁴²

Deze ‘Vertrag-Unrecht’⁴³-Dichotomie⁴⁴, moet gezien worden als een poging tot

‘funktionalen Differenzierung des Schuldrechts angesichts zweier voneinander abgehobenen Sozial-ökonomischer Aufgabenkreise’.⁴⁵

Ook hier worden ‘rechtsgeschäftlicher Wille’ en ‘Gesetz’ als ontstaansgronden van verbintenis náást elkaar geplaatst. Ook in het Anglo-Amerikaanse recht, waar van een volstrekt ander concept wordt uitgegaan, wordt deze tweedeling teruggevonden. Men leze Atiyah:

‘For at least 100 years — and in many respects for more like twice that time — common lawyers have operated within a particular conceptual framework governing the law of obligations. Within this framework, the fundamental distinction has been that between obligations which are voluntarily assumed and obligations which are imposed by law’.⁴⁶

Atiyah verwerpt dit concept als negentiende-eeuws:

‘this conceptual apparatus is not based on any objective truths, it is not derived from any eternal verities. It is the result, quite specifically, of a nineteenth-century heritage’.⁴⁷

Hij brengt de twee als gescheiden gedachte bronnen van verbintenis wil/wet terug op een en dezelfde noemer: human action; niet alleen verbintenissen uit de wet, maar ook de contractuele verbintenissen zijn het gevolg van *gedrag*.

‘Like the man who is bound to pay his fare because he boards a bus, the man who signs a written document is liable because of what he does rather than what he intends’.⁴⁸

Atiyah relateert de rol van de wil:

‘I do not deny that all those transactions involve some element of voluntary conduct. (. . .) But they involve much else besides voluntary conduct. They usually involve the rendering of some benefit, or actions of detrimental reliance or both’.⁴⁹

42. Esser/Schmidt par. 4.

43. Onder ‘Unrecht’ valt zowel te verstaan het onrechtmatige daads- als het verrijktingsrecht, die te zamen weer dezelfde sectoren beslaan als de gezamenlijke ‘verbintenissen uit de wet’ van 6.3 en 6.4 Nieuw BW (met uitzondering van de zaakwaarneming, zie onder nr. 10 hierboven).

44. Esser/Schmidt par. 4 I 3.

45. Zie noot 44.

46. (1978) 94 LQR, blz. 193.

47. Blz. 194.

48. Blz. 204.

49. Blz. 204.

'Benefit' en 'reliance' zijn in de opvatting van Atiyah de grondslagen van alle gebondenheid, in en buiten contract. Dat wil zeggen dat er in zijn visie altijd (slechts) sprake is van (contractuele) gebondenheid (liability), wanneer een partij een voordeel heeft genoten (benefit), dat moet worden gecompenseerd; ofwel een partij in vertrouwen op het gedrag van de ander heeft gehandeld, en nadeel zou lijden wanneer de ander niet tot nakoming gehouden zou zijn (detrimental reliance). In deze opvatting zijn de beginselen die aan de onrechtmatige daad (tort), en ongerechtvaardigde verrijking (restitution), ten grondslag liggen, evenzeer de beginselen die het overeenkomstenrecht beheersen.⁵⁰ Dit doet denken aan de opvatting van Schoordijk dat alle vermogensrechtelijk denken een denken in termen van ge- en ongerechtvaardigde verrijking is.⁵¹ Er is echter, minst genomen, sprake van één, diepgaand, verschil. Voor Atiyah is het niet werkelijk van belang of op de achtergrond nog wel of niet een 'actual intent' van de verbonden personen meespeelt. De stelling van Schoordijk is hiernaast open: bij de vraag of een vermogensverschuiving gerechtvaardigd is, kan de wil van partijen zeer goed een rol spelen, zelfs een doorslaggevende. Om die reden valt de benadering van Schoordijk te verkiezen boven die van Atiyah.

5. Het is namelijk ten eerste de vraag of het mogelijk is een voor het privaatrecht zo wezenlijk gegeven als de principiële autonomie van de persoon *voor het verbintenissenrecht* te ontkennen. De tweeslag wil/wet verwijst naar de plaats van het verbintenissenrecht binnen het privaatrecht als zodanig. Uit het eigendomsrecht dat (nog) beschouwd wordt als de ruggegraat van het gehele privaatrecht⁵², vloeit enerzijds voort dat de eigenaar over het hem toekomende vrijelijk beschikken kan, wat zijn belangrijkste uitdrukking vindt in de contractsvrijheid; anderzijds, dat de eigenaar in hetgeen hem toekomt bescherming ondervindt, waartoe herstelacties nodig zijn. Het verbintenissenrecht is op deze onderscheiding gebouwd. Het wordt gedragen door het instituut van de eigendom, waarvan het het dynamische spiegelbeeld is.⁵³ Deze vaststelling is fundamenteel. Wel wordt beweerd dat het privaatrecht in klassieke zin – gegrondvest als dit was in de idealen van de burgerlijke maatschappij van ná de Franse en vóór de industriële revolutie, en dat in feite was opgetrokken als een bolwerk tegen overheidsbemoeienis ten gunste van de zelfstandigheid en de vrijheid van

50. Dit is de grondgedachte die Atiyah in zijn gehele werk uitdraagt. Zie echter m.n. Rise and Fall, blz. 4, 768, 778/9. Vgl. ook Essays, 2, een up to date-gebrachte versie van het artikel uit 1978 (zie noot 46), alwaar een reactie op de kritiek hierop.

51. Zie noot 24.

52. Beeldend Paul Scholten, Alg. Deel blz. 20: 'Niet ten onrechte zegt men, dat de eigendom wordt uitgehold. Doch opgeheven wordt hij niet, kan hij niet worden zonder dat het privaatrecht ineenvalt'. Illustratief is ook de opmerking van Van den Bergh, Eigendom, blz. 1, n.a.v. de Code civil: 'Hij rangschikt – overigens niet voor het eerst – alle regels inzake het erfrecht, het zakenrecht, het verbintenissenrecht en zelfs het bewijsrecht onder één hoofdbegrip: het zijn allemaal uiteenlopende manieren waarop men eigendom kan verkrijgen'.

53. Esser/Schmidt omschrijft het verbintenissenrecht als 'das juristische Echo auf eine wesentlich auf private Güterzuordnung, private Güterproduktion und ebenso private Güterverteilung abstellende Eigentümer/Marktgemeinschaft, wie sie sich in den Staaten des sog. kapitalistischen Westens in den letzten beiden Jahrhunderten sukzessive durchgesetzt hat', par. 1 I.

het, vermogende⁵⁴, individu – niet meer bestaat; maar even onontkoombaar is de constatering dat het privaatrecht als zodanig, gesocialiseerd, gecollectiveerd, ‘gepubliciseerd’⁵⁵ en ingekrompen als het zijn mag⁵⁶, nog niet van zijn wortels is losgesneden. Of dit zo zal blijven, valt niet te voorzien. De vraag waar het op aan komt en die overal wordt gesteld – zij het in Nederland opvallend minder dan elders – is deze, of er in de moderne westerse verzorgingsstaat nog plaats is voor het privaatrecht als zodanig.⁵⁷ Enerzijds is duidelijk dat de kern van het privaatrecht bestaat uit een ‘Problembestand’ dat van alle tijden is. In de woorden van Raiser:

‘Die Ordnung von Ehe und Familie, von Eigentum und Besitz an den zur Erhaltung der Existenz notwendigen Sachgütern, von Verträgen zum Austausch von Gütern und Leistungen, von Sühneleistung oder Schadenersatz für die Verletzung fremden Lebens oder fremden Guts, das sind Aufgaben, denen sich, wenssichon auf verschiedenen Stufen der Differenzierung, jede Rechtsgemeinschaft stellen muss, weil sie sich aus elementaren Bedürfnissen jeder Gesellschaft ergeben’.⁵⁸

In die zin zal er altijd ‘privaatrecht’ zijn. Maar minder eenvoudig is de vraag te beantwoorden of de *privaatautonomie*, die het karakter van het privaatrecht bepaalde, als zijn wezenskenmerk zal blijven gelden. Het BW, de Code civil, het Duitse BGB en het Oostenrijkse ABGB, zowel als de continentaaleuropese, angloamerikaanse en latijnsamerikaanse rechtsstelsels, zijn alle gebouwd op eigendoms-, contracts- en testeervrijheid.⁵⁹ Dit privaatrecht beoogde die rechtsverhoudingen en instituties te regelen, die in de rechtsopvattingen van de vorige eeuw uitsluitend of overwegend de betrokkenen zelf aangingen, zodat de rechtsorde er mee kon volstaan de vrijheids- en machtssferen van de burgers onderling af te bakenen, en voor conflicten in oplossingen te voorzien. Het privaatrecht was het recht van de enkeling en dan met name van de enkeling

‘met kennis van zaken, in staat zijn eigen wil te bepalen’.⁶⁰

In dit rechtssysteem zag de gezeten burger zijn opvattingen over de maatschappelijke orde gelegitimeerd. Vanaf het einde van de vorige eeuw hebben economische en sociale ontwikkelingen dit op de enkeling geprojecteerde maatschap-

54. Dit wordt alom geconstateerd. Vgl. Zweigert/Kötz I blz. 108; Raiser, *Die Aufgabe*, blz. 215, 230; Levenbach, *Gedenboek BW*, blz. 138.

55. De term is van Savatier, *Du droit civil*, en is weldra gemeengoed geworden. Zie ook *Métamorphoses*, nr. 285.

56. Aan dit onderwerp zijn met name in Duitsland uitgebreide beschouwingen gewijd. Zie Raiser, *Die Aufgabe*, m.n. blz. 208 e.v. Vgl. ook Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1967, m.n. blz. 514 e.v. Voorts Savatier, *Métamorphoses*; Levenbach, noot 54, Valkhoff, en Van der Grinten, noot 7.

57. Raiser, *Die Aufgabe*.

58. T.a.p. blz. 220. Boehmer stelt kort en krachtig: ‘Öffentliches Recht vergeht, Privatrecht besteht’, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, 1. Buch 1959, IX.

59. Merz, *JuS* 1970, blz. 5.

60. Levenbach in *Gedenboek BW*, blz. 129 e.v. Zie blz. 137.

pijbeeld fundamenteel aangetast en omgevormd⁶¹ en het recht heeft daarvan in hart en nieren de gevolgen ondergaan. De veranderingen – gekenmerkt door het prijsgeven van de fictie dat de maatschappij bestaat uit een verzameling van vrije en gelijke individuen die alle zonder inmenging van de staat hun belangen kunnen behartigen en verdedigen⁶²; een ethische evolutie die zich bovendien praktisch opdrong vanwege de verregaande collectivering van de maatschappij⁶³ – hebben zich vanuit één leidend principe – de verantwoordelijkheid van de leden van de gemeenschap voor elkaar, en de (mede)verantwoordelijkheid van de staat voor een in beginsel rechtvaardige samenleving – voornamelijk langs twee lijnen voltrokken. Ten eerste werden steeds meer belangrijke onderdelen van het privaatrecht ten behoeve van de zwakkere aan de autonomie van partijen onttrokken en gepubliciseerd. Men denke aan het arbeidsrecht, het huur- en pachtrecht, het consumentenrecht, de regelingen met betrekking tot algemene voorwaarden en dergelijke meer. Als gevolg hiervan is het zuivere privaatrecht in zijn werkingsomvang ingekrompen. Tegelijkertijd zijn de oude noties met betrekking tot de (uitoefening van) eigendomsrechten, contractsvrijheid en binnen- en buitencontractuele aansprakelijkheden op het gereduceerde terrein van het privaatrecht waar de burger (in beginsel) autonoom bleef, van binnenuit ingrijpend omgevormd. Hiervoor worden termen gehanteerd als *Funktionsverlust*, *Inhaltswandel*.⁶⁴

Van de *eigendom* wordt vastgesteld dat hij is 'uitgehoud' door sociale maatregelen⁶⁵, 'beperkt' door bij voorbeeld rechtsfiguren als misbruik van recht en de toenemende macht van beperkt en zakelijk gerechtigden⁶⁶, 'verniet' door overhevelingen door middel van sociale premies, fiscale heffingen, onteigening⁶⁷, 'veranderd' door nieuwe instituties met name in handel en verkeer.⁶⁸

Aansprakelijkheden, met name voor onrechtmatige daden, die aanvankelijk geheel in de lijn van de autonomie-gedachte waren vastgeklonken aan het schuldbegrip, veranderden onder invloed van de ontwikkeling van de techniek op ingrijpende wijze. De hoogontwikkelde techniek bracht in haar kielzog kans op schades mee van een orde die niet in verhouding kan staan tot enige 'schuld'

61. Zie Friedmann, *passim*.

62. Vgl. Eörsi, *Zivilrechtstheorie*, blz. 799 e.v. met name blz. 808.

63. Een ethische evolutie: de vrijheid van de enkeling leidde tot 'the degradation, the slums, the miseries of the many, compared with the wealth and power of a very few', Friedmann blz. 499. Ofwel, in rond Nederlands: 'in de kapitalistische maatschappij (heerste) strikte wederkerigheid. Slechts als men iets te bieden had – geld of arbeid – kwam men als producent of consument in aanmerking, anders was men eenvoudigweg buitengesloten – armoede, ziekte, ouderdom enz. –', Pinckaers, *diss.* blz. 124. Zie over het verschijnsel van de collectivering: Van der Grinten, *Collectivering in het privaatrecht*, 1954, en dezelfde, *RM Themis* (1978) blz. 550 e.v.

64. Zie voor litt. noot 56.

65. Alreeds Paul Scholten, *Alg. Deel* blz. 20. Voorts uitgebreid Valkhoff, *Een eeuw rechtsontwikkeling*, blz. 17 e.v. Zie ook Pitlo-Brahn, blz. 118.

66. Gesproken wordt in dit verband ook van 'erosie' van het eigendomsrecht, vgl. Koopmans, *RM Themis* 1 (1980) blz. 2.

67. Vgl. Ripert, *Le Déclin*, m.n. hoofdstuk VII.

68. Zie m.n. Friedmann, blz. 93 e.v. alwaar nieuwe ontwikkelingen en litt.

noch tot de betalingsmogelijkheden van de laedens. Het schuldbegrip, voor zover overeind gebleven, werd een technisch begrip; de individuele verantwoordelijkheid werd door collectieve regelingen vervangen.

Het *contract*, het symbool van de emancipatie van het individu⁶⁹, onderging zo diepsnijdend de invloed van de ontwikkelingen 'van de enkeling af'⁷⁰, dat het — nadat reeds lang gesproken werd over 'le déclin' en 'la décadence' van de overeenkomst⁷¹ — tenslotte kon worden doodverklaard.⁷² De drie pijlers van het oude contractenrecht: partij-autonomie; het axioma dat overeenkomsten slechts partijen binden; en de regel dat pacta, eenmaal gesloten, servanda sunt, wankelen alle en/of staan in vernieuwende steigers onder invloed van sterk op de voorgrond getreden beginselen en begrippen als goede trouw, redelijkheid en billijkheid, bescherming van de zwakkere, *contracts-gerechtigheid*, *imprévision*, etcetera.⁷³ Is er voor de wil nog een rol weggelegd in een wereld vol 'faktische Vertragsverhältnisse'⁷⁴, algemene voorwaarden, collectieve overeenkomsten en andere ontwikkelingen die alle haaks staan op het oorspronkelijke contractmodel⁷⁵? De politieke en economische conceptie die de vrijheid van het individu tegenover de almachtige staat garandeerde, is in de industriële massamaatschappij weggefallen. Eigendom, overeenkomst en onrechtmatige daad, hebben in de nieuwe wereld van de twintigste eeuw alle een ander, socia-ler, gezicht gekregen.

Betekent dit, dat het oude privaatrecht — zoals, beweerdelijk, het contract⁷⁶ — dood is? De brenger van de doodstijding van het contract — een mare die met klaroengeschal over de wereld werd rondgeblazen⁷⁷ — is niet geloofd. In Duitsland heette het recentelijk

69. Dit is de gedachte die door Maine wordt uitgewerkt in *Ancient Law*, 1864, waarin de ontwikkeling van de maatschappij wordt gekarakteriseerd als een 'from Status to Contract'.

70. Valkhoff, Een eeuw rechtsontwikkeling, blz. 147.

71. Ripert, *Le Déclin*; Savatier, *Métamorphoses*.

72. Gilmore, *Death of Contract*, Ch. 5. Gilmore is niet de enige die deze visie uitdraagt. In Amerika is in de jaren zeventig een 'Death of contract-school' ontstaan waartoe naast Gilmore ook schrijvers als Ian Macneil, Duncan Kennedy en Anthony Kronman behoren. Zij zijn de overtuiging toegedaan dat de wilstheorie overleefd is 'both in terms of policy and as an explanation of modern law', vgl. Burrows, *Current Legal Problems* 1985 blz. 142 alwaar ook literatuur.

73. Zie voor een indringende beschouwing over de contractsgerechtigheid, Zweigert, *Vertragsfreiheit*, blz. 493 e.v.

74. In Duitsland is onder deze term (van Günter Haupt) een rechtsfiguur tot ontwikkeling gebracht die, onder veel bijval en evenveel afwijzing (vgl. Nikisch, *FS Dölle*, blz. 79 e.v.) in een aantal specifieke gevallen, waarin op grond van het ontbreken van het *wilselement* geen, traditioneel, contract tot stand is gekomen, niettemin tot de totstandkoming van een geldige overeenkomst wordt geconcludeerd. Zie voor deze 'faktische Vertragsverhältnisse' onder nr. 19.

75. Vgl. Eörsi, *Zivilrechtstheorie*, blz. 802/803.

76. Vgl. noot 72.

77. De oplagecijfers van *Death of Contract* kunnen wedijveren met die van literaire bestsellers. Het boekje, dat de uitwerking is van een college voor studenten aan de Ohio State University Law School, beleefde in tien jaar zestien drukken. Al in 1977 overtrof het aantal pagina's dat aan besprekingen werd besteed, verre de omvang van het werk zelf. Zie hierover Baker, *CLP* 1979, blz. 35 noot 1. In 1983 bleek het aantal recensies nog met enige tientallen uitgebreid, vgl. Walter Schmid, blz. 190 noot 61.

‘Es lebe der Vertrag’.⁷⁸

Nieuwenhuis bestempelt in 1979 de contract is dood-theorie als ‘science fiction’.⁷⁹ En Van Mehren, naar aanleiding van Gilmore, stelt uiterst principieel:

‘Social and economic change may produce societies in which no significant role is played by self-reliant and individually responsible parties; until this occurs in a given society, contract law will survive as a distinct body of rule and principle’.⁸⁰

Voor het privaatrecht als geheel, geldt iets soortgelijks. Allen die zich over het twintigste eeuwse privaatrecht hebben gebogen om het te onderzoeken vanuit de centrale vraagstelling: is er nog toekomst voor het privaatrecht? kwamen, zij het nu en dan onder voorbehoud, tot een bevestigend antwoord.

‘Das Zivilrecht verliert zwar seinen hervorragenden Rang und sein Pathos, doch bleibt es bestehen’⁸¹,

zo besluit Eörsi zijn pregnante verkenning van het hedendaagse westerse privaatrecht. Maar hij vervolgt dan aldus:

‘Was aber die geistige und begriffliche Geschlossenheit einer Zivilrechtstheorie betrifft⁸², gibt es kaum eine Hoffnung mehr – zugunsten der Rechtsentwicklung. Geschlossene Systeme des juristischen Denkens werden zu Procrustus-Betten in unserer Welt; deshalb wurden sie überholt. (. . .) Auch die Zivilrechtstheorie wird ein Teilsystem, eng verflochten mit anderen, oft kreuz und quer liegenden Teilsystemen. Die zugrundeliegenden Werte sind heterogen geworden, und zwar vor allem durch die vielgepriesene und doch unbehagliche Vermählung der Privatautonomie des Wareneigentümers mit dem sozialen Denken und Handeln’.⁸³

Hier wordt geraakt aan de kern van de problematiek. De vraag waar het uiteindelijk om gaat is, of autonomie en sociale ‘besturing’ in één systeem kunnen samengaan. De op bovenstaand citaat volgende observatie van Eörsi:

‘Die in das System eingeordnete “equity”, die modernen Generalklauseln nämlich, wie z.B. Treu und Glauben, verdecken zwar die Spaltung der Werte des strict law und

78. Köndgen, Selbstbindung, blz. 421.

79. Diss. blz. 154.

80. International Encyclopedia of Comparative Law Vol. VII blz. 4.

81. Eörsi, Zivilrechtstheorie, blz. 808. Hij merkt op dat het traditionele privaatrecht zich al gedurende honderd jaar in een ‘Dauerkrise’ bevindt en dat het uiteindelijk zal gaan om ‘die Adaptation des Rechts an unser Zeitalter auf kapitalistische bzw. sozialistische Weise’, blz. 806.

82. ‘das öffentliche Recht drang in das Privatrecht ein, und privatrechtliche Mittel erschienen im öffentlichen Recht’, blz. 799.

83. Voor Nederland geldt ditzelfde. Privaat- en publiekrecht groeien steeds dichter naar elkaar toe en beïnvloeden elkaar meer en meer, zie Bestuursrecht en Nieuw BW, Verslag van een themamiddag van de Juristenvereniging voor Afgestudeerden in Tilburg Juvat, Tjeenk Willink, Zwolle 1988.

des equitable law, verdecken letzten Endes auch den Widerspruch zwischen der Privatautonomie und den sozialen Erwägungen',

moet ernstig genomen worden. *Is er sprake van een principiële tegenspraak tussen autonomie en gerechtigheid? Moeten goede trouw, vertrouwensbescherming, de rol van de veranderde omstandigheden, kortweg, moeten al die rechtsfiguren die beogen dat er binnen het contract individuele gerechtigheid wordt gedaan, althans met betrekking tot de wijze waarop zij binnen het systeem fungeren als stoplappen en lapmiddelen worden beschouwd? Een duidelijk antwoord geeft Coing:*

'Wenn auch der Gedanke der Freiheit zureichenden Grund für die Wahl der gesellschaftlichen Ordnungsform "Privatrecht" darstellt, so ist es doch nicht richtig, dass die Freiheit (und damit Wille und freie Handlung des Einzelnen) der moralische Begriff ist, aus dem alle Regeln des Privatrechts abgeleitet und verstanden werden können.'⁸⁴

Het klassieke privaatrecht is in zijn grondslagen te eng, zegt Coing, de geboden van de verkeersmoraal dienen evenzeer tot grondslag van het systeem:

'Ihre Bedeutung im Verhältnis zum Begriff der Freiheit, und damit die Bedeutung der von ihr ausgehenden Rechtswirkungen im Verhältnis zu denen, die auf Rechtsgeschäfte (also auf die Privatautonomie) zurückgeführt werden können, ist dahin zu kennzeichnen, dass ihnen eine ergänzende und berichtende Rolle zufällt'.⁸⁵

In deze zelfde geest constateren Kessler/Gilmore:

'It seems more fruitful to regard the law of contracts as a vast continuum in which legal doctrines and principles reflecting different and not infrequently inconsistent, if not opposing, social policies are at work. At one end of the continuum we find transactions based on free bargain and genuine agreement, or at least a promise voluntarily given. (. . .) At the opposite end of the continuum the freedom of the parties is limited if not suspended by a system of judicial and legislative control in order to protect the community interest'.⁸⁶

Zij stellen voorts vast:

'in the evolution of the law of contracts, the basic assumption of the past that contract deals with the individual relations of men with each other has gradually given way to the realization that in large sectors of our social and economic life contract is no longer an individual and private affair, but a social institution affecting more than the interest of the two contracting parties. An analysis, therefore, of present-day contract *exclusively* (curs. schr.) in terms of volition and agreement does not do

84. Coing, FS Dölle, blz. 38.

85. T.a.p. blz. 32/33.

86. Contracts, blz. 2.

justice to contract as a social institution. Social control has become an integral part of contract itself, and cannot be admitted from analysis of the modern law of contract'.⁸⁷

Hier dringt de gedachte aan Van der Heijden zich onweerstaanbaar op. Van der Heijden vertaalde de onderscheiding overeenkomst/wet in een onderscheiding individuele/sociale rechtsorde. In de zin die Van der Heijden daaraan toekende, is deze onderscheiding, op gronden die hierboven duidelijk zijn geworden, niet meer houdbaar. De vraag dient zich echter aan, of niet de conclusie getrokken moet worden dat *binnen de overeenkomst zelf* een soortgelijke onderscheiding duidelijk is geworden. Moet niet worden geconstateerd dat *de overeenkomst* als – vroeger – vrij gekozen verbintenis, steeds vaker – op uiteenlopende gronden – evenzeer als een verbintenis uit de wet aan (minstens) één partij wordt *opgelegd*? Houdt dit niet in dat het contractenrecht als een 'vast continuum'⁸⁸ niet (meer) uitsluitend op de pijler van de 'individuele wil' is gegrondvest, maar ook gedragen kan worden door de 'sociale wil'? Is het mogelijk dat – groter innerlijke tegenstrijdigheid lijkt niet denkbaar – er zoiets als een 'overeenkomst uit de wet' is ontstaan?

6. Het provocerende van deze vraag zit eigenlijk alleen in de wijze waarop zij is geformuleerd. In bepaalde zin heeft het antwoord 'altijd al' bevestigend geluid. In het Ontwerp BW van 1820 luidt art. 2277:

'Er bestaat geen kontrakt zonder overeenkomst van wil. Het aanwezen echter van de-zelve wordt door het bestaan van wilsverklaring voor uitgemaakt gehouden'.

Dit artikel werd in het BW van 1838 niet opgenomen maar dat de geest werd bewaard valt te lezen bij Smit die in 1890 in zijn dissertatie vermeldt:

'Te begrijpen is het dan ook, dat de jurisprudentie geen invloed ondervond van den strijd tusschen wil en vertrouwen; zij had dien reeds lang op eene bevredigende wijze naar de beginselen van de nieuwe leer beslist, en steeds aan de objectieve verklaring de rechtsgevolgen verbonden geacht, zonder acht te slaan op den subjectieven wil'.⁸⁹

In 1913 stelt Losecaat Vermeer in zijn proefschrift dezelfde problematiek op de volgende wijze aan de orde:

'Iemand spreekt van "roede", "baal citroenboonen", "eerste verdieping", en kent daaraan de beteekenis toe van Zeeuwsche roede, baal van 50 kilo, benedenhuis. Het gebruik (spraak-, handelsgebruik) brengt echter mee, dat die woorden beduiden: Rijnlandsche roede, baal van 100 kilo, bovenwoning. Dit is de ware zin der verklaring. Het bewustzijn van dezen zin ontbreekt dus bij den handelende'.⁹⁰

87. Blz. 12.

88. Vgl. noot 86.

89. Blz. 125/126.

90. Wil en verklaring bij overeenkomsten, Leiden 1913, blz. 167.

Losecaat Vermeer vermeldt dat in deze, en soortgelijke, gevallen, door de rechtspraak tot een overeenkomst wordt besloten en trekt hieruit de conclusie dat

‘onze rechtspraak de verklaringstheorie huldigt, dat noch de op de rechtsgevolgen gerichte wil noch het bewustzijn van den zin der verklaring bij haar enig gewicht in de schaal leggen’.⁹¹

In 1937 zegt Van der Heijden over de totstandkoming van een overeenkomst:

‘Wilsovereenstemming of toerekenbare schijn daarvan is de eerste voorwaarde om het beoogde doel te bereiken’.⁹²

De Hoge Raad oordeelt in 1959 dat

‘bij de beoordeling van het al dan niet aanwezig zijn van de “toestemming” (van art. 1356 BW, schr.) in de eerste plaats wordt gelet op de eisen van het rechtsverkeer, welke althans voor overeenkomsten onder bezwarende titel verlangen dat ten aanzien van dengene die afgaat op een bij hem opgewekten schijn, het daardoor gerechtvaardigde vertrouwen wordt beschermd tegenover hem, die dezen opriep’.⁹³

Art. 3:35 Nieuw BW tenslotte luidt:

‘Tegen hem die eens anders verklaring of gedraging, overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, heeft opgevat als een door die ander tot hem gerichte verklaring van een bepaalde strekking, kan geen beroep worden gedaan op het ontbreken van een met deze verklaring overeenstemmende wil’.

Het gezichtspunt van waaruit de problematiek wordt gezien en het etiket dat er op wordt gekleefd, vertonen nuanceverschillen. Duidelijk is echter dat vanaf 1820 tot heden ononderbroken de mogelijkheid is erkend van overeenkomsten die *niet* steunen op de wil van partijen. In alle gevallen zijn het de eisen van het rechtsverkeer die de afwijking van de wil, die het uitgangspunt blijft vormen, legitimeren.⁹⁴ In de boven weergegeven reeks van opvattingen hieromtrent is er slechts één die, op een onderdeel, afwijkt van alle andere en dat is die van de Hoge Raad van 1959. De Hoge Raad beperkt de werking van de ‘opgewekte schijn’ tot gevallen waarin is gehandeld onder bezwarende titel.

Interessant is nu wat Modderman opmerkt wanneer hij de voorstanders van de wilstheorie die op hun leer bepaalde uitzonderingen toelaten (zoals in geval van *reservatio mentalis*), verwijt, dat dit in hun theorie onjuist en logisch onmogelijk is:

91. Blz. 176.

92. Preadvies 1937.

93. HR 11 december 1959, NJ 1960, 230.

94. Vgl. Smit, Grondslagen, blz. 27.

‘Is de wil het bindend element dan kan hij nooit ontbreken’.⁹⁵

Gebleken is dat de wil ontbreken kan. Betekent dit – om de gedachte van Modderman rond te maken – dat hij dan ook *nooit het verbintenisscheppende element vormt*? We zijn terug bij Van Dunné, die de theorie met de rechtswerkelijkheid in overeenstemming wil brengen door de wil te royeren.⁹⁶ Hier kom ik tot de kern van wat in dit hoofdstuk wil worden aangetoond. De *kern* van het privaatrecht bestaat uit de erkenning van de *macht* van het individu om *indien hij dit wenst* aan het rechtsverkeer deel te nemen. Hieraan staat niet in de weg de macht van de gemeenschap om het individu, op velerlei gronden, verbintenissen *op te leggen*. Eén van die gronden is, algemeen geformuleerd, ‘het opgewekte vertrouwen’.

Dit is, zoals uit het bovenstaande blijkt, niet nieuw. Nieuw is daarentegen wel de mate waarin en de gronden waarop de individuele wil wordt overruled door de sociale.⁹⁷ Wanneer echter de scheidslijn wil/vertrouwen wordt opgeheven en alle (contractuele) verbintenissen op één noemer worden gebracht (of die nu ‘vertrouwen’ of ‘verbintenisscheppend gedrag’ wordt genoemd) verdwijnt daarmee de mogelijkheid om *welke verbintenis dan ook* op deugdelijke wijze te legitimeren. Dit is in het NBW terecht niet gebeurd. Maar ik ga verder, en stel vast (hetgeen hieronder nog bewezen mag worden) dat nooit voldoende is onderzocht hoe precies wil en vertrouwen als verbintenisscheppend element zich tot elkaar verhouden, en dat hiervan het gevolg is dat het loutere vertrouwen, zonder dat daaraan nadere voorwaarden worden gesteld, *ten onrechte*, in art. 3: 35 Nieuw BW tot het ontstaan van een geldige rechtshandeling leidt.

7. Het vergt enige adem om deze forse stelling van een fundament te voorzien. De eerste steen moet worden gehaald uit de vorige eeuw, de eeuw van ‘het wilsdogma’. De voorstanders van de wilstheorie (m.a.w.: de tegenstanders van de ‘nieuwe’ leer van het vertrouwen), formuleerden hun beginsel aldus:

‘Volgens het oude nog altijd heerschende gevoelen kan, behalve in de gevallen, waarin de wet zelve alleen uit de bestaande feitelijke betrekking, geheel zonder zijn wil in aanmerking te nemen, eene verbintenis heeft ontwikkeld, de mensch door *niets anders* verbonden worden dan door *zijn wil*’.⁹⁸

Dat hiértegen stelling genomen moest worden, spreekt vanzelf. Ook in de tijd waarin, met Opzoomer, velen aldus de rol van de wil omschreven⁹⁹, klopte dit

95. Wil of vertrouwen, Groningen 1880, blz. 46.

96. Zie hierboven onder nr. 1.

97. Deze controversiële term kan tot allerlei misverstanden en weerstand aanleiding geven. Wanneer hij echter goed wordt verstaan (als uitdrukking van wat op een bepaald moment *maatschappelijk noodzakelijk wordt geacht*, op gronden die de belangen van het individu overstijgen), kan de term zonder problemen worden gehandhaafd.

98. Opzoomer V, blz. 29.

99. Bij voorbeeld nog Goudsmit die, in gelijke zin, stelt: ‘evenmin als de wil zonder verklaring kan deze *zonder het bestaan van den werkelijke wil* eene verbintenis tot stand brengen’, geciteerd bij Smit, Grondslagen, blz. 29.

niet met de rechtswerkelijkheid. Toch was het deze, zogenaamd *negatieve*, functie van de wil¹⁰⁰, waartegen men in feite te hoop liep. Er werd in feite plaats geëist voor binding-zonder-wil, op grond van verklaring/vertrouwen. Maar de theorie ging veel verder en luidde dat de wil in het geheel niet geschikt was om als grondslag van het verbintenissenrecht te dienen, en als verbindend element van de overeenkomst moest worden *vervangen* door het vertrouwen dat men door zijn woorden of daden bij anderen opwekt.¹⁰¹ De subjectieve wil, zo luidde de boodschap, hoorde zo langzamerhand plaats te maken voor het objectieve vertrouwen. Deze radicale reactie was niet ‘typisch Hollands’, zoals blijkt uit wat Cohen over dit onderwerp aantekent in een overzicht met betrekking tot ‘The justification of contract law’:

‘The obvious limitations of the will theory of contract have caused a reaction that takes the form of positivism or behaviorism: Away with the whole notion of will! – the only realities are specific acts to which the law attaches certain consequences, that is, if you do something by word or mouth, by writing, or by any other act that someone else takes as a promise, then the latter can, under certain conditions, bring an action’.¹⁰²

Deze bondige samenvatting van wat het credo van Atiyah en Van Dunné zou worden, dateert uit 1933, maar was ook toen al geen nieuw geluid:

‘Niet wat *gewild*, maar wat *rechtens* door hem *gedaan*, *geschreven* of *gesproken* werd, bepaalt, op stuk van zaken, iemands rechtsverhouding tot zijn medemensch’¹⁰³,

betoogde immers Moltzer reeds in 1889. Aan de hand van dit citaat wil ik trachten aan te tonen waar hier naar mijn mening de denkfout zit (die er uiteindelijk ook de oorzaak van zal zijn dat de theorie steeds slechts door weinigen is omhelsd). Het is waar dat wat Moltzer zegt zeer overtuigend klinkt, sterker, op het eerste gezicht lijkt er – zeker gezien vanuit het huidige rechtssysteem – geen speld tussen te krijgen. Maar bij nadere studie doemt onherroepelijk de vraag op of het probleem hier niet zit verstopt in het sleutelwoord ‘rechtens’. Hoe moet dit worden ingevuld? Wanneer wordt aangenomen dat er rechtens gedaan, geschreven of gesproken werd? Als dat redelijk en billijk is? Maar wanneer/waarom is dat redelijk en billijk? Toch zeker in de eerste – zij het bij lange na niet in de enige – plaats, wanneer die binding in rechte door degene die is gebonden werd *gewild*? In hun strijd tegen de negatieve functie van de wil, hebben

100. De onderscheiding is van Von Savigny.

101. Smit, Grondslagen, blz. 23 en passim. Zie voor een reactie Meijers, Algemene Begrippen, blz. 211 e.v. en met name blz. 214.

102. Basis of Contract blz. 577/578. Cohen citeert in deze context een opmerking van Holmes die te fraai is om onvermeld te blijven: ‘Even a dog discriminates between one who stumbles over him and one who kicks him’, blz. 578.

103. Preadvies NJV 1889 I blz. 133. Nog krachtiger Van Bemmelen: ‘De wil behoort thuis in het strafrecht. Doch die wil behoort niet thuis in het privaatrecht’, RM VII (1889) blz. 351.

de voorstanders van het vertrouwen-voor-alle-gevallen de *positieve* functie van de wil – desverkiezend kan ik mij rechtens binden – uit het oog verloren of schromelijk onderschat.

Wellicht hangt dit samen met het feit dat de functie van het verbintenissenrecht zo vaak onderbelicht blijft. Dit is er als systeem niet op gericht sancties te verbinden aan (on)betamelijk menselijk gedrag en mensen te dwingen zich in het maatschappelijk verkeer behoorlijk te gedragen. Het verbintenissenrecht is 'das Recht der Güterbewegung'¹⁰⁴, het reguleert het economisch verkeer en *bindt dit* – per definitie – aan rechtvaardig, betamelijk, fatsoenlijk gedrag.¹⁰⁵ Maar het is in de eerste plaats een systeem dat – uitgaande van de status quo op vermogensrechtelijk gebied¹⁰⁶ – tot functie heeft

'die Rechtsbasis für Erwerb, Veräusserung, Überlassung und Schutz jedweder in Geld messbarer Güter abzugeben'.¹⁰⁷

In andere woorden: vermogensverschuivingen behoeven een *causa*, moeten ge-legitimeerd worden. De erkenning van het eigendomsrecht maakt dit onont-koombaar.¹⁰⁸ Uit ditzelfde beginsel vloeit voort, dat de wil de eerste legitimatie moet zijn. Wanneer is het gerechtvaardigd dat het schilderij van A in het vermogen van B overgaat? Toch zonder twijfel allereerst wanneer A dit (met B) heeft gewild. Het is onwerkelijk hier de constructie onder te schuiven dat A – die zijn schilderij aan B verkoopt – gebonden is omdat B 'heeft vertrouwd'.¹⁰⁹ Als A heeft gewild, is zijn wil perfect in staat de rechtshandeling zelfstandig te schragen. De jurist, tevens mens, kan dit voorwetenschappelijke weten, dat aan het fundament van het menselijk bestaan raakt, in zijn wetenschapsbeoefening niet uitschakelen. Overigens is de vraag: wil *of* vertrouwen – in ieder geval in Nederland, maar ook elders – reeds lang verlaten en vervangen door de constatering dat het gaat om wil *en* vertrouwen. De problematiek waar het nu om gaat is

104. Esser/Schmidt, par. 1. Terecht legt Nieuwenhuis hier de nadruk op. Zie diss. blz. 65.

105. Het tekort van de, op zich zeer interessante theorie betreffende de economische rechtsanalyse – zie voor een overzicht Mackaay, RM Themis-9 (1988) blz. 411 e.v. – is er in gelegen dat deze wezenlijke functie van het recht te vaak wordt vereenzelvigd met de economische functie.

106. Treffend hierover Esser/Schmidt par. 1 II: 'Das Schuldrecht ist kaum der geeignete Ort zur relevanten Umverteilung des Volksvermögens. (. . .) Im Schuldrecht werden "kleinere Brötchen gebacken"'. Zie ook Van Oven, Rede 1956, blz. 20. Anders, naar het lijkt, Schoordijk, wanneer hij opmerkt dat het recht vermogensverschuivingen met argusogen beziet: 'De schaarse aardse goederen en de vruchten van ieders prestatie dienen nu eenmaal rechtvaardig verdeeld te worden', Pitlo-bundel blz. 45.

107. Esser/Schmidt par. 3 III.

108. Hier zit in feite de angel. Het eigendomsrecht is sterker aan veranderingen onderhevig dan nog wordt onderkend. Zie hiervoor Reich, *The New Property*, (1964) 73 Yale L.J. 733. Het is niet ondenkbaar dat op basis van deze veranderingen, wanneer zij in al hun fundamentele consequenties onder ogen worden gezien, het privaatrecht er in de toekomst wezenlijk anders uit zal zien. Zo ver is het echter nog niet.

109. Niet te beantwoorden is dan de (oude) vraag: wát, indien B, die A als onbetrouwbaar heeft leren kennen, niet heeft vertrouwd maar slechts heeft gedacht: Als hij doet wat hij zegt, is dat mooi meegenomen? Is er, als B het aanbod van A heeft aanvaard, in dat geval géén overeenkomst? Vgl. Hartkamp, Tien leerzame gedichten, Titel 3.2., NJB 1984, blz. 786.

gelegen in de kwestie: wat is rechtens wanneer er geen wil is maar wél vertrouwen.¹¹⁰ Een juist antwoord op deze vraag kan naar mijn mening *slechts* worden geformuleerd, wanneer wordt aangenomen dat, in aanwezigheid van een op rechtsgevolg gerichte wil, de binding gerechtvaardigd wordt uitsluitend op grond van die wil. In het verbintenissenrecht gaat het in wezen steeds om één ding: om rechtsfeiten die prestatieverplichtingen verwekken, m.a.w. om feiten die het rechtssysteem openen. Dat men voor toegang tot het systeem kan *kiezen* én dat dit 'ik wil' voldoende verklaring is voor de geldigheid van de rechtshandeling is – in een gemeenschap waar de overtuiging heerst dat de waarde van de mens meebrengt dat hij, in beginsel, zijn leven zelfstandig en in vrijheid vorm moet kunnen geven – eigenlijk vanzelfsprekend. Deze overtuiging berust uiteindelijk op een levensbeschouwing en is wetenschappelijk niet dwingend te onderbouwen.¹¹¹ Maar het beginsel dat de menselijke vrijheid meebrengt dat hij, voor zover mogelijk, ook zijn rechtsverhoudingen vrij aangaat, is bijna universeel. Hartkamp merkt zelfs met betrekking tot de contractsvrijheid op:

'Het beginsel van de contractsvrijheid is slechts ten dele in de wet verwoord (. . .) maar ons gehele privaatrecht is daarop gegrond. Elke samenleving die tot enige ontwikkeling is gekomen, moet de contractsvrijheid *als beginsel* erkennen'.¹¹²

Hier moet een pas op de plaats worden gemaakt. Hartkamp spreekt over 'contractsvrijheid' en ik citeer hem in een betoog met betrekking tot partij-autonomie. Is het zo dat deze begrippen elkaar dekken? Is hier sprake van synoniemen? Deze vraag klemmt, nu het van wezenlijk belang wordt de autonomie met betrekking tot het verbintenissenrecht van een definitie te voorzien. Zweigert

110. Een interessante opmerking van Nieuwenhuis: 'het vertrouwensbegrip (lokt) onmiddellijk de vraag uit: vertrouwen *waarin*? De verklaring van A dat hij het huis op 15 november zal overdragen zal immers bij B in drieërlei opzicht vertrouwen wekken. Ten eerste het vertrouwen dat A's verklaring *overeenstemt* met zijn werkelijke wil. Ten tweede het vertrouwen dat A het huis op 15 november ook werkelijk zal *overdragen*. Ten derde het vertrouwen dat A's verklaring *een verbintenis schept*, zodat de overdracht van het huis zo nodig kan worden afgedwongen'. Naar zijn mening vormt geen van deze drie vertrouwensvarianten een toereikende verklaring van de verbintenisshenpende kracht van de overeenkomst. Diss. blz. 15. Op eenzelfde wijze benaderde Modderman de door hem verworpen wilstheorie: 'De een leert u, dat het aankomt op den wil, gericht op de *rechtshandeling*; een ander op den wil gericht op het *rechtsgevolg*, een derde op den wil, om te doen wat men *beloofd* heeft'. Wil of vertrouwen, blz. 8. Nieuwenhuis stelt overigens dat ook de wilstheorie 'het verschijnsel contractuele verbondenheid' niet verklaart, blz. 17.

111. Hierover Savatier: 'le droit civil, tel que nous le concevons, est initialement sorti du renouvellement que le christianisme a apporté à la civilisation. C'est le christianisme qui a le premier reconnu la liberté humaine, (. . .) Car c'est en affirmant la liberté de l'homme qu'il a fondé les droits éminents de toute personne humaine. (. . .) le Christianisme a considéré tous les hommes comme des *personnes*, ayant droit aux attributs de la personne, au premier rang desquels est la liberté individuelle, avec ses conséquences de droit privé: mariage, contrats, propriété, responsabilité civile. (. . .) la liberté est le premier attribut de la personne humaine; c'est celui qui en caractérise vraiment la dignité. (. . .) Il est normal, il est salutaire, que le droit civil repose sur cette liberté'. Du Droit Civil, blz. 5/7. Savatier voegt hieraan toe: 'Seulement, si ce point de vue est exact, il reste tout de même incomplet, (. . .) les fins de la personne humaine, dépassent l'individu', blz. 7. Het is deze spanning tussen individu en maatschappij waar het steeds opnieuw om gaat.

112. Asser-Rutten-Hartkamp II nr. 34.

zet uiteen hoe de term 'Privatautonomie' op tweeërlei wijze begrepen wordt. De verklaarde wil van partijen wordt enerzijds opgevat als

'Motor der Vertragsgenesis und Legitimation seiner rechtlichen Durchsetzbarkeit'¹¹³,

anderzijds wordt Privatautonomie gebruikt als synoniem voor Vertragsfreiheit. Terwijl Zweigert Privatautonomie in eerstomschreven zin ook voor het huidige recht als geldend onderkent en daaraan nog toevoegt:

'Betrachtet man den Vertrag in der Phase nach seinem Abschluss, so ist die Privatautonomie weiterhin ein legitimes Prinzip für Rechtsgrund und Rechtsfolgen des Vertrags bis an die Grenze des *ordre public*',

ziet hij Vertragsfreiheit ('freie Auswahl und Selbstgestaltung aller nur denkbaren Vertragstypen – Freiheit ob man überhaupt kontrahieren soll oder nicht – Freiheit eines jeden Vertragspartners, den Inhalt des Vertrages nach Belieben zu gestalten') als een probleem:

'Kann sie heute wirklich noch als ein Prinzip des Vertragsrechts (mit Ausnahmen) gelten, oder hat das Prinzip dadurch seine Geltung verloren, dass es nur noch in Ausnahmefällen gilt?'.

Zijn antwoord is eenduidig. Vertragsfreiheit is, vanwege het feit dat zij economische en sociale gelijkheid van de handelenden vooronderstelt, die in feite slechts zelden aanwezig zijn, alleen denkbaar in een utopische maatschappij.

'Vertragsfreiheit ist bei präziser Betrachtung ein Traumschloss, eine Utopie und keine Realität'.¹¹⁴

In Nederland wordt dit onderscheid tussen partij-autonomie en contractsvrijheid niet gemaakt. Partij-autonomie is een term die in de registers in de handboeken niet (meer¹¹⁵) voorkomt, wanneer er al over wordt gesproken, gebeurt dit in het kader van de contractsvrijheid, zoals bij voorbeeld door Nieuwenhuis, die stelt dat het autonomiebeginsel contractsvrijheid vooronderstelt.¹¹⁶ Dit moge zo zijn met betrekking tot het autonomiebeginsel zoals dat door hem binnen het kader van het contractenrecht wordt geformuleerd, in zijn algemeenheid gaat dit niet op. Van beide begrippen is het autonomiebeginsel het hogere:

'Privat- oder Parteiautonomie (. . .) ist das für den Charakter des Privatrechts primär

113. Vertragsfreiheit, blz. 502. Een soortgelijke onderscheiding wordt gemaakt door Walter Schmid, blz. 213, die tot een soortgelijke conclusie komt.

114. Blz. 503.

115. Anders nog Suyling, Inleiding tot het Burgerlijk Recht, Eerste Gedeelte I, 1927.

116. Diss. blz. 6.

massgebende Prinzip, dem einzelnen Spielraum für eine selbstverantwortliche Gestaltung seiner Lebensverhältnisse zu lassen'.¹¹⁷

Zowel Vertragsvrijheid als Assoziationsvrijheid, Eigendomsvrijheid als Vererbingsvrijheid en Persoonlijkheidsvrijheid worden er onder begrepen.¹¹⁸ Het is echter de vraag of dit autonomiebeginsel de inhoud van de contractsvrijheid, zoals die thans wordt opgevat, voorschrijft. Hartkamp omschrijft de contractsvrijheid als volgt:

‘Dit beginsel komt hier op neer dat men in het algemeen naar vrije verkiezing overeenkomsten mag aangaan. Dit kan omvatten dat het een ieder vrij staat, al dan niet een overeenkomst aan te gaan; een overeenkomst aan te gaan met wie men wil; de inhoud, de werking en de voorwaarden van een overeenkomst naar eigen inzicht te bepalen, deze al dan niet aan een vorm te binden en aan de bepalingen van een gekozen wetgeving te onderwerpen’.¹¹⁹

Deze omschrijving spoort geheel met die, welke Zweigert geeft van de Vertragsvrijheid, die door hem wordt ontkend:

‘Die Rechtswissenschaft sollte das mitgeschleppte Verfahren, das die Vertragsfreiheit als ein *Prinzip* verkündet und ihre Ausnahmen herausarbeitet, fallenlassen. Die moderne Aufgabe liegt darin, Kriterien und Verfahren für die Vertragsgerechtigkeit zu entwickeln, die herzustellen gerade deshalb nötig ist, weil es eine Vertragsfreiheit in Wahrheit nicht gibt’.¹²⁰

Deze onderscheiding van Zweigert lijkt mij treffend juist. ‘Contractsvrijheid’ vooronderstelt volstrekte gelijkheid, die nooit (nergens) aanwezig is geweest. Deze gelijkheid wordt *door het recht gecreëerd* of hier wordt althans naar gestreefd.¹²¹

Het ‘inhoud, werking en voorwaarden van een overeenkomst naar eigen inzicht bepalen’, wordt, vanwege de ongelijkheid, aan de sterkere verboden ter bescherming van de zwakkere.¹²² ‘Het recht’ bepaalt – soms meer, soms minder – wat rechtens is wanneer men zich bindt en – onder omstandigheden – ook óf men is gebonden. In zoverre kan aan Van Dunné worden toegegeven dat

117. Merz, JuS 1970, 95, blz. 1.

118. Blz. 2.

119. Asser-Rutten-Hartkamp I, nr. 34.

120. T.a.p. blz. 504.

121. Hoeveel vooruitgang er in honderd jaar geboekt is, wordt duidelijk als de huidige stand van zaken wordt vergeleken met de, bewogen, schets van Menger uit 1890, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, Darmstadt 1968.

122. Aangezien elk mens aan het rechtsverkeer deelneemt in verschillende capaciteiten – nu als consument, morgen als grootverbruiker, dan weer als werkgever, een andere maal als huurder – is ieder op zijn beurt de sterkere en de zwakkere. Zie over de ‘rollen’ van de mens in het rechtsverkeer, Rehinder, FS Hirsch, blz. 141 e.v. en met name blz. 163: ‘Nicht die Individualperson, sondern der Arbeitnehmer, der Handelsvertreter oder der Gewohnheitsverbrecher tritt uns als Objekt rechtlicher Regelung entgegen’.

de wil van het individu 'niet telt' bij het bepalen van de rechtsgevolgen. De wil echter 'schakelt in', hij spreekt het Sesam Open U. Hierin, en in de meeste gevallen niet veel verder, verwezenlijkt zich heden ten dage de privaatautonomie in het contractenrecht. Schmidt spreekt van een overgang van 'Privatautonomie zur Sozialautonomie'.¹²³ Vertaald in het Nederlandse juridische denken zou men kunnen zeggen dat de twee sferen die Van der Heijden 'de individuele en de sociale wilsorde' noemde, en die hij 'gescheiden en onafhankelijk van elkaar' dacht, elkaar zijn gaan overlappen. De sociale wilsorde is het gebied van de individuele wilsorde binnengedrongen. Hierin wordt fraai zichtbaar wat Gurvitsch opmerkt over de verhouding individu/maatschappij:

'Aujourd'hui (. . .) il ne saurait (. . .) plus être question (. . .) de pendre la "société" et l'"individu" pour des entités exclusives, extérieures l'une à l'autre; il ne s'agit nullement de boules de billard ou de marionettes qui s'entrechoquent ou se séparent à volonté, mais d'éléments impensables l'un sans l'autre dont la vie consiste dans une participation mutuelle'.¹²⁴

De scheidslijn individu/maatschappij — of, in deze context, individuele/sociale wilsorde — loopt dwars door elk in de maatschappij levend individu zelf. De tijd waarin men meende dat de maatschappij bestond uit alle anderen minus het individu in kwestie, is voorbij, aldus Pinckaers, individu en gemeenschap staan niet tegenover elkaar, de gemeenschap bevindt zich gedeeltelijk in het individu.¹²⁵ Deze benadering kan het denken in tegenstellingen tussen individu en maatschappij, tussen individuele en sociale wil, dat dateert uit een andere tijd, opheffen. Wat blijft is de scheiding in gekozen en opgelegde verbintenissen, de scheidslijn is echter minder strak getrokken en loopt zeker niet meer, zoals nog voor Van der Heijden, tussen overeenkomst enerzijds, verbintenissen uit de wet anderzijds.

Wat brengt dit alles ons nu verder met betrekking tot de vraag die hier aan de orde is: waarom kan worden gezegd dat in art. 3:35 NBW *ten onrechte* geen nadere eis is gesteld aan het vertrouwen dat bij afwezigheid van een geldige wilsverklaring zelfstandig tot een geldige rechtshandeling kan leiden. Ten eerste is de betekenis van de wil — vanuit een bepaalde opvatting over de mens — duidelijk geworden. Daarnaast is de plaats van de wil gerelativeerd, vanuit de visie dat dit niet ten detrimente doch tot voordeel strekt van elk individu afzonderlijk, binnen wie zich ook de maatschappij bevindt. Partij-autonomie is, voor het verbintenissenrecht, gedefinieerd als 'motor' die de rechtshandeling in werking zet. In deze zin zal de term hier verder ook worden gebezigd. Gereduceerd en wel blijft echter in deze visie de wil de eerste rechtvaardiging voor de verbindendheid van de rechtshandeling. Dit maakt de weg vrij voor de volgende stap die zal moeten aantonen dat met dit uitgangspunt het verbinden van gevolgen aan het loutere vertrouwen, onverenigbaar is.

123. JZ 1980, 153.

124. La Vocation Actuelle de la Sociologie, Paris 1950, blz. 26.

125. Diss. blz. 288, alwaar ook het citaat uit Gurvitsch.

8. Eggens verwijst naar

‘de betrekkelijke waarde voor de rechtsvorming van alle “gegeven” of “te geven” wet (. . .) in verhouding tot het durend variërende en zich ontwikkelende maatschappelijke leven’.¹²⁶

Op grond daarvan zou hij art. 1269 BW het liefst, in de geest van Gaius, aldus willen formuleren:

‘Verbintenissen ontstaan uit overeenkomst (rechtshandeling), onrechtmatige daad, en andere (bijzondere rechts-)feiten naar gelang van omstandigheden’.¹²⁷

Men kan beide stellingen als volstrekt juist onderschrijven en toch de verzuchting slaken dat de rechtsvinder die met maatschappelijke veranderingen wordt geconfronteerd (en welke rechtsvinder zal daarvoor gespaard blijven), door Eggens niet veel verder wordt geholpen. Dat verbintenissen

‘niet alleen ontstaan uit overeenkomst of onrechtmatige (positieve) daad, maar ook uit al die feiten welke door het huidig rechtsdenken gekwalificeerd behoren te worden als rechts- nader: verbintenisscheppende feiten’¹²⁸,

zegt te weinig over die feiten om een houvast te bieden bij het scheiden van feiten die wel, en feiten die niet tot de verbintenisscheppende behoren. Zelfs de nadere mededeling dat de ‘rechtseis van de goede trouw’ onder omstandigheden ook een verbintenis buiten overeenkomst kan doen ontstaan omdat

‘het uiteindelijk de omstandigheden zijn welke – onder het “oordeel” der goede trouw – de rechtsbetrekkingen tussen mensen (behoren te) bepalen’¹²⁹,

helpt niet werkelijk verder.

‘Billijkheid en goede trouw *zijn* geen argumenten, zij *vóór*onderstellen argumenten’,

aldus terecht Nieuwenhuis.¹³⁰

De opgave is, een criterium te vinden dat feiten toetst op hun relevantie voor het recht. Dit moet zo algemeen zijn, dat het houvast geeft voor *alle* gevallen die niet in de wet zijn geregeld; en tevens zo concreet, dat het bij de beoordeling van die gevallen *afzonderlijk*, een maatstaf geeft om het kaf te scheiden van het koren.

Een zoektocht naar een dergelijk criterium hoort te beginnen met nadere

126. VPO II blz. 291.

127. Blz. 241.

128. Blz. 240.

129. Blz. 245.

130. Diss. blz. 7.

bestudering van de bronnen die de wet met name noemt. Stel dat het mogelijk zou blijken al deze bronnen tot één oerbron terug te voeren. Het is geen onzinnige gedachte dat het dan tevens mogelijk is, aan deze oerbron 'die gevallen die niet in de wet zijn geregeld maar passen in het stelsel van de wet', af te meten.

Hierover kan bij voorbaat al één ding worden gezegd. De verdeling van de bronnen van verbintenis in vrijwillig aangegane, en opgelegde verbintenissen, is logisch dwingend en niet te verbeteren. Nieuw is echter in deze eeuw dat meer en meer onder ogen wordt gezien dat óók het contract – als traditioneel vrijwillig gekozen verbintenis – op gronden die dagelijks in soort en aantal lijken toe te nemen, wordt opgelegd. Daarbij is, ten onrechte, steeds over het hoofd gezien dat *als* het contract wordt *opgelegd, de gronden waarop dat gebeurt gelijk behoren te zijn aan die van de andere opgelegde verbintenissen*. Was dit anders, aan het verbintenissenrecht – dat een hecht en logisch geheel vormt en niet een aantal willekeurig opgekomen bronnen op een rij zet¹³¹ – zou de grondslag ontvallen zijn. En zo ver is het nog niet.¹³²

Hiermee is een belangrijke stap vooruit gezet. De mogelijkheid is nu gegeven om te komen tot een toetssteen – in feite 'de' toetssteen – ook voor die gevallen die niet in de wet geregeld zijn, d.w.z. die niet vallen onder de 'vrijwillige' rechtshandeling, noch onder een wettelijke regel. Zij moeten noodzakelijkerwijs voldoen aan hetzelfde criterium dat de wél door de wet geregelde verbintenissen beheerst. Hier doet zich overigens, in bepaald opzicht, een treffen voor met de theorieën van o.a. Gilmore en Atiyah, die immers stellen dat 'tort and restitution' heden ten dage ook aan de overeenkomst ten grondslag liggen. Zij verwerpen de wil als grondslag voor de overeenkomst, maar ruilen deze niet in voor nieuwe 'moderne' elementen als vertrouwen, contact en dergelijke meer. Zij brengen de overeenkomst op één lijn met de verbintenis uit de wet. Alle verbintenissen zijn terug te voeren tot verbintenissen ofwel uit tort, ofwel uit restitution. Zij brengen aldus de oude driedeling: contract, tort en restitution – die ook de civil law-landen kennen namelijk als de onderverdeling van verbintenissen in die uit overeenkomst, onrechtmatige daad en rechtmatige daad (of quasi-contract) – terug tot een tweeslag. Maar deze opvatting gaat, zoals nog blijken zal, niet ver genoeg. De weg wordt gewezen door Schoordijk met zijn steeds herhaalde – zij het nergens uitgebouwde – stelling, dat ieder vermogensrechtelijk denken een denken in termen van ge- en ongerechtvaardigde verrijking dient te zijn.¹³³ Hij wijst op de noodzaak 'ieder rechtsinstituut vermogensrechtelijk door te rekenen'.¹³⁴ Daarmee tilt hij de ongerechtvaardigde verrijking uit *boven de grenzen van haar actie* en wijst haar aan als fundament van het vermogensrecht. Aldus levert hij de sleutel tot een ordeningsprincipe van het gehele verbintenissenrecht.

131. Vgl. Eggen wanneer hij stelt dat 'de wet meer betekent dan de som van haar delen en ook dat haar stelsel meer is dan een overzichtelijke rubricering van hare – afzonderlijke – bepalingen', WPNR 4704, (1962) blz. 3.

132. Zie echter Slotopmerkingen i.f.

133. Rede 1977, blz. 4; Alg. Gedeelte, blz. 452.

134. Rede 1986, blz. 30.

Uitgangspunt is het simpele gegeven dat wat op grond van een verbintenis toekomt aan de één, *aan de ander moet worden ontnomen*. Wanneer is dat gerechtvaardigd? Eggens spreekt, wanneer hij over eigendom en verbintenis schrijft, van

‘het algemeen beginsel dat de enkeling als privaat persoon zijn eigen “privé”-rechts-sfeer heeft, waarin hij autonoom is, vrij zich zelf te bepalen binnen de grenzen door het recht bepaald, en binnen welke sfeer anderen hem – dus – “met vrede” behoren te laten’.¹³⁵

Dit beginsel is zo oud als de mensheid. Decugis merkt op dat de eigendom

‘remonte certainement aux âges les plus lointains de notre préhistoire’.¹³⁶

In feite gaat het om een voor-juridisch gegeven:

‘Réaction d’abord purement animale et instinctive, elle n’est entrée que peu à peu dans le domaine du droit et s’est développée ensuite, dès l’aurore de la vie sociale, par l’organisation juridique de la famille et du clan. La propriété a été un fait avant de devenir un droit’.¹³⁷

Deze ‘notion de propriété’, die de juridische eigendom heeft voortgebracht, heeft zijn bron in

‘les réflexes de l’instinct défensif, c’est-à-dire dans les impulsions qui sont d’abord d’ordre exclusivement biologique’.

Deze reflexen worden teruggevonden bij le Chien, le Singe, le Coq, le Babouin, le Cerf, le Buffle en

‘L’Homme n’agit pas autrement pour défendre son bien’.

In feite behoorde ‘son bien’ in de oertijden tot de individualiteit van de persoon. Decugis verwijst naar Lévi-Bruhl die heeft vastgesteld dat voor de primitieve mens

‘l’individualité de chacun ne s’arrête pas à la périphérie de sa personne. Elle comprend ses “appartenances”, et particulièrement ses vêtements, ses armes, ses ustensils, surtout quand il s’agit d’objets qu’il a lui-même produits ou fabriqués’.¹³⁸

Deze uitspraak heeft merkwaardige overeenkomsten met de opmerking van Eggens, die op haar beurt relief geeft aan de vaststelling van Decugis dat

¹³⁵. Over de verhouding van eigendom en verbintenis, Akademierede 1960, blz. 188.

¹³⁶. Decugis, *Les étapes du droit*, Paris, Tome I, blz. 197.

¹³⁷. Blz. 198.

¹³⁸. Blz. 201.

'la propriété personnelle a existé sans interruption depuis les temps paléolithiques jusqu'à nos jours'.¹³⁹

Echter, even fundamenteel als de eigendom, is de behoefte aan uitwisseling.

'Der Dorftöpfer wird in kurzer Zeit entweder verhungern oder auf dem Felde zu arbeiten beginnen, wenn die, welche seine Töpfe gebrauchen, nicht bereit sind, die Früchte ihrer Felder mit dem Töpfer zu teilen. Kommt es dagegen zum Austausch, erlaubt dies dem Töpfer, weiterhin seiner spezialisierten Tätigkeit nachzugehen und die Feldarbeit ändern zu überlassen',

aldus Walter Schmid in zijn verhandeling over de sociale werkelijkheid van het contract.¹⁴⁰ In het voetspoor van Durkheim stelt hij:

'Austausch und Arbeitsteilung sind es, was die Individuen vereint und als Gesellschaft zusammenhält'.¹⁴¹

Voor deze 'Austausch' geldt, evenals voor de eigendom, dat zij prejuridisch is. In feite ligt de wortel nog dieper:

'Austausch- und Spezialisierungsmechanismen sind überall in der organischen Welt zu beachten. In der Pflanzen- und Tierwelt ebenso wie in menschlichen Gesellschaften. Bekanntlich zeichnet sich ein Biotop durch das Zusammenleben zahlreicher Pflanzenarten aus, die verschiedene funktionale Aufgaben erfüllen; das wechselseitige Gedeihen ist abhängig von der Spezialisierung. Unterschiedliche Organismen erfüllen unterschiedliche Funktionen. Die Lebensfähigkeit eines Bienenvolkes oder die Organisation eines Ameisenhaufens beruht ebenfalls auf Austausch und Arbeitsteilung. Die Bienenkönigin verhungerte, würde sie nicht von andern gefüttert; die Gattung andererseits stürbe aus, wäre die Königin nicht',

aldus nogmaals Walter Schmid. Van doorslaggevend belang is de passage die hij op dit citaat volgen laat.

'Was die Arbeitsteilung in der menschlichen Gesellschaft besonders macht, ist nicht der Austauschmechanismus an sich, sondern das auslösende Moment.

In nicht-menschlichen Lebensgemeinschaften, in reproduktiven, arbeitsteiligen Populationen beruht der Mechanismus auf einem genetischen Programm, langfristig beeinflusst von den Umweltbedingungen. In menschlichen Gesellschaften tritt als zentraler auslösender Faktor der Wille und das Bewusstsein des Individuums hinzu'.¹⁴²

Met enkel een verdediging van 'het zijne', kan de mens niet met anderen samen-

¹³⁹. Blz. 207.

¹⁴⁰. Blz. 65.

¹⁴¹. Blz. 66/67.

¹⁴². Blz. 65/66.

leven. Het contract als instrument van verandering en zelfontplooiing¹⁴³, vloeit dan ook natuurlijkerwijze uit de eigendom voort. De statische eigendom kan niet zonder, wordt pas voltooid door, de mogelijkheid van dynamiek — via de uitwisseling van goederen en diensten — die het contract biedt. Maar de mens 'is er zelf bij'. Vanuit zijn 'umfriedete Privatsphere'¹⁴⁴, maakt hij in beginsel zelf uit wat hij ruilt, met wie, en waarvoor. Niet voor niets noemt Kessler/Gilmore de bevoegdheid om te contracteren het belangrijkste eigendomsrecht.¹⁴⁵

Van hieruit kan gezegd worden dat

'de rechtorde (is) opgebouwd (. . .) op een goederenruil tusschen vrije handelingsbekwame individuen'.¹⁴⁶

Het is daarom niet adequaat te stellen dat de overeenkomst de vermogensverschuiving legitimeert: de verschuiving is *de ratio zelf* van het overeenkomstenrecht. Het gaat daarbij om vermogensverschuivingen met een economisch doel, d.w.z. om verschuivingen die ofwel bedoeld zijn als een schakel in de goederenruil, ofwel een schenkingsdoel hebben. Dit zijn de gevallen waarvoor de overeenkomst bij wijze van spreken geconstrueerd is. Bregstein, in zijn studie over 'ongegrunde vermogensvermeerdering' dezelfde problematiek van de andere zijde benaderend, komt tot de volgende vaststelling:

'De rechtsorde laat (. . .) geen vermogensovergang ten gevolge van prestatie toe, tenzij daaraan een *verwezenlijkt* schenkingsdoel of anders eenig *verwezenlijkt* economisch doel, d.w.z. eenig doel, in hoofdzaak gelegen op het gebied der goederenruil, aan ten grondslag ligt'.¹⁴⁷

Hij spreekt tevens over

'de afwijzende houding, die de rechtsorde aanneemt tegen elke vermogensvermeerdering, die niet een schakel vormt in de goederenruil of een uitgesproken schenkingsbedoeling heeft'.¹⁴⁸

Hier wordt de grondslag van het gehele verbintenissenrecht in een paar zinnen bloot gelegd. Het verbintenissenrecht is gebouwd op de vermogensovergang ten gevolge van prestatie zoals bewerkstelligd door de overeenkomst. Overeenkomsten hebben — in beginsel — een gerechtvaardigde verrijking tot gevolg. Alle andere verschuivingen zijn — evenzeer in beginsel — ongerechtvaardigd, en behoren te worden hersteld. Maar hiermee is niet de gehele rechtswerkelijkheid gedekt. Centraal staat de bescherming van het vermogen, en deze bescherming

143. Llewellyn, What Price Contract? 40 Yale LJ (1931), blz. 716.

144. Esser/Schmidt, blz. 54. Het is opvallend hoe vaak in dit verband in verschillende landen en tijden dezelfde terminologie wordt gebruikt.

145. Contracts, blz. 36.

146. Bregstein, diss. blz. 152/153.

147. Blz. 165.

148. Blz. 169.

behoeft *twee* – elkaar complementerende, uit hetzelfde principe afgeleide, en op hetzelfde doel gerichte – mechanismen: het uitgangspunt dat vermogensrechtelijk denken een denken in termen van ge- en ongerechtvaardigde verrijking is, moet met de notie van de *ongerechtvaardigde verarming* worden aangevuld. Want het is niet zozeer de verrijking die niet wordt geaccepteerd, alswel het feit dat deze verrijking ongerechtvaardigd is, en ongerechtvaardigd wil zeggen: *sine causa*. Niet de verrijking op zich is verwerpelijk, maar het feit dat deze plaatsvindt op kosten van een ander. De bescherming van het vermogen van deze ander staat centraal. Dit houdt onherroepelijk in dat ongerechtvaardigde verarming de tweede kant van hetzelfde principe – vermogensbescherming – vormt. De gewenste bescherming van het vermogen is immers pas volledig, wanneer ook herstel geboden wordt wanneer datgene waarmee een persoon *sine causa* is verarmd, *niet* tot voordeel van een ander heeft gestrekt. Dit doet zich met name voor in geval van schade als gevolg van onrechtmatige daad.

Het idee van vermogensbescherming – er moet een *causa* zijn alvorens wordt geaccepteerd dat het vermogen van een persoon ten koste van een ander vermeerderd – is niet compleet zonder de notie van de ongerechtvaardigde verarming – er moet een *causa* zijn alvorens wordt geaccepteerd dat het vermogen van een persoon vermindert. Ongerechtvaardigde verrijking en ongerechtvaardigde verarming zijn communicerende vaten, die tezamen het stelsel van de vermogensbescherming vormen. De ongerechtvaardigde verarming is dan ook geen uitzondering op het zogenaamde verrijkingsbeginsel, zij is het noodzakelijke sluitstuk daarop, de tegenkant van hetzelfde principe. Bregstein wijst op de nauwe verwantschap van de actie uit onrechtmatige daad en die uit ongerechtvaardigde verrijking:

‘beide beogen vermogensherstel’.¹⁴⁹

Burrows spreekt met betrekking tot de onrechtmatige daad over

‘the principle of preventing wrongful disruption of the status quo’.¹⁵⁰

De stelling dat de vordering uit onrechtmatige daad een tweede stroom is, ontsprongen aan dezelfde bron als de rechtmatige daad, vindt ook steun in wat Von Caemmerer opmerkt over de onrechtmatige daad. Tegenover de (in Duitsland) heersende mening dat schadevergoeding op grond hiervan ‘ausgleicht’, terwijl vorderingen op grond van rechtmatige daad zouden behoren tot de ‘verteilende Gerechtigkeit’¹⁵¹, brengt hij beide vorderingen op één spoor, met de opvatting dat beide vallen binnen het bereik van deze eerste *iustitia commutativa*:

149. Blz. 215.

150. Contract, Tort and Restitution, 99 LQR 227. Of het hierbij inderdaad gaat om ‘prevention’, staat nog te bezien, zie de tekst onder nr. 12; zeker is, dat de bescherming van de status quo centraal staat.

151. Vgl. BGHZ 68, 90, alwaar op blz. 94: ‘Das Schadenersatzrecht sanktioniert und gleicht aus; die Bereicherungshaftung beruht allein auf dem Prinzip der verteilenden Gerechtigkeit’. Dit valt niet vol te houden. Vgl. met name Cathrein, Recht, Naturrecht, blz. 55, die een uiteenzetting over de Aristot-

‘Man hat oft auf die Verwandschaft der Probleme im Delikts- und Bereicherungsrecht hingewiesen. Der allgemeine Satz: (. . .) niemand darf sich mit dem Schaden eines anderen unrechtmässig bereichern, (. . .) ist eine allgemeine Maxime der iustitia commutativa, der ausgleichenden Gerechtigkeit. Sie steht auf der gleichen Ebene wie die Generalklausel des Deliktsrechtes, dass die widerrechtliche schuldhaftige Schädigung eines anderen zum Schadenersatz verpflichtet (. . .)’.¹⁵²

Hagen werkt deze gedachte als volgt uit:

‘beide Rechtsmaterien haben innerhalb der gesetzlichen Ausgleichsordnung durchaus verwandte Funktionen. Soll das Schadensrecht, ganz allgemein gesprochen, den Ausgleich von Nachteilen ermöglichen, die zu tragen ein anderer “näher daran” ist als der Geschädigte, so dient das Bereicherungsrecht dem Ausgleich von Vorteilen, die zu genießen einem anderen “eher gebührt” als dem unmittelbar begünstigten. Mögen auch die Wertungsgesichtspunkte für die Anordnung eines Ausgleichs und ihre Rechtstechnische Ausformung im Haftungs- und Bereicherungsrecht sehr unterschiedlich sein, so wirft doch der Ausgleich *selbst* ganz ähnliche Folgeprobleme auf, die gleichsam spiegelsymmetrisch strukturiert sind. Der Symmetrieachse entspricht, um im Bilde zu bleiben, der gemeinsame *Ausgleichszweck*. Im Schadensrecht rückt er den Geschädigten in den Vordergrund, weil dessen Einbusse – nicht mehr, aber auch nicht weniger – ausgeglichen werden soll; im Bereicherungsrecht zwingt er den Blick auf den Bereicherten, weil dessen Vermögenszuwachs – nicht weniger, aber auch nicht mehr – abgeschöpft werden soll’.¹⁵³

Duidelijker nog is Tunc:

‘Le principe énoncé par l’article 1382 du Code civil (1401 BW, schr.) est l’une de ces grandes règles d’équité qui pourraient, à elles seules, résumer le Droit tout entier. On pourrait, à la rigueur, concevoir tout le droit, au moins tout le droit des obligations, régi par un seul principe: “Chacun doit réparer le dommage qu’il cause, par sa faute, à autrui”; on pourrait d’ailleurs, substituant au principe de responsabilité celui tout aussi général d’enrichissement sans cause, se contenter d’écrire: “Nul ne peut s’enrichir injustement aux dépens d’autrui”’.¹⁵⁴

Ongerechtvaardigde verrijking en onrechtmatige daad worden hier aan elkaar uitgehewelijkt en gezien als een onverbreekelijke eenheid. De these dat alle verbintenissen uit de wet, zonder enige uitzondering, in enigerlei vorm zijn gericht

telische gerechtigheid als volgt afsluit: ‘Das Gebiet, auf dem sich die legale und austeilende Gerechtigkeit betätigen, ist das *öffentliche* Recht, das Gebiet der ausgleichende Gerechtigkeit dagegen das *Privatrecht*’. Zie voor Nederland als een uit velen, Polak, diss. blz. 8, die eveneens stelt dat in het privaatrecht geheel algemeen de attributieve gerechtigheid primair en beslissend is.

152. Gesammelte Schriften, blz. 211. Op de vraag ‘wann eine Schädigung rechtswidrig und wann die Erlangung einer Bereicherung unrechtmässig ist’ – ‘beide Formeln bedürfen der Ausfüllung’, aldus Von Caemmerer – kan hier niet worden ingegaan. Opgemerkt moet wel worden, dat deze Ausfüllung naar tijd en plaats kan verschillen – zij is afhankelijk van rechtspolitieke factoren – maar dat de wortel van de vorderingen, gelegen in de vermogensbescherming, dezelfde zal zijn.

153. FS Larenz 1973, blz. 868.

154. Mazeaud et Tunc, Responsabilité Civile I 1965, blz. 17.

op het keren van ongerechtvaardigde verrijking (verarming), lijkt meer dan ooit gerechtvaardigd. Zij valt echter nog te bewijzen.

9. Voor het Duitse recht wordt wel de onderscheiding gemaakt tussen Güterbewegung en Güterschutz. De Güterbewegung omvat de overeenkomst en de zaakwaarneming; tot het terrein van de Güterschutz behoren de overige Duitse verbintenissen uit de wet, te weten de verbintenissen uit ongerechtvaardigde verrijking (die tevens die uit onverschuldigde betaling omvatten, vgl. par. 812 I 1) en uit onrechtmatige daad. 'Dynamischer Gütertausch' wordt gesteld tegenover 'statische Gütererhaltung'. Deze tweeslag stelt nogmaals duidelijk in het licht dat het verbintenissenrecht uiteindelijk slechts één objectief kent: het ruilverkeer, en voor het overige in dienst staat van de vermogensbescherming, de status quo.¹⁵⁵ Zo is het verbintenissenrecht met al zijn vezels verbonden met het eigendomsrecht waaruit enerzijds voortvloeit de bevoegdheid vermogensverschuivingen te bewerkstelligen; anderzijds de noodzaak tot herstel wanneer uit dat vermogen iets is weggeraakt buiten de daartoe bestemde weg van de – vrijwillig aangegane – overeenkomst. De verbintenissen uit de wet – evenzeer als verbintenissen uit overeenkomst – zijn uitvloeisels van het eigendomsrecht. Of, in andere woorden, zij dienen om de niet op grond van een overeenkomst te rechtvaardigen vermogensverschuivingen en -verminderingen recht te trekken. Ook wanneer de overeenkomst haar doel mist en herstel plaatsvindt, gaat het in wezen om het voorkomen van ongerechtvaardigde verrijking. Zo stelt Von Caemmerer:

'Hat der Verkäufer den Käufer bewuchert oder betrogen, hat er mangelhafte Ware geliefert, ist die Ware verbrannt oder ist der Verkäufer aus sonstigen Gründen seine Lieferungspflicht nicht nachgekommen, so liegt es natürlicher Anschauung nahe, ihn deshalb, das heisst also wegen Wuchers oder Betruges, wegen der eigenen Nichterfüllung us., als um den erhaltenen Kaufpreis ungerechtfertigt bereichert anzusehen. Das Recht aber trennt die Fragen'.¹⁵⁶

Hier komt het op aan. Het recht – uit doelmatigheidsoverwegingen – brengt onderscheidingen aan en formeert categorieën. Uitsluitend op deze wijze kunnen, per groep van samenhangende gevallen, de nodige nuances, die recht doen aan de specifieke feitencomplexen, voldoende uitkristalliseren. De visie van Van Dunné, die er van uit gaat dat het onderscheid tussen zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongegronde verrijking alleen valt te maken als men de wilsleer aanhangt en dit, dientengevolge, principieel verworpt¹⁵⁷, houdt een ongewenst 'terug naar af' in. Het heeft geen zin, integendeel, het zou achteruitgang betekenen, de scheiding tussen de – met recht en reden náást elkaar staande – vorderingen uit zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en on-

¹⁵⁵. Esser/Schmidt par. 4 I.

¹⁵⁶. Gesammelte Schriften, blz. 219 sub c. Curs. toegevoegd.

¹⁵⁷. Diss. blz. 274.

gerechtvaardigde verrijking, op te heffen.¹⁵⁸ Het is echter iets anders, te zien dat deze acties uiteindelijk alle tot een en hetzelfde beginsel zijn terug te voeren, en daaraan conclusies te verbinden voor de afzonderlijke, te onderscheiden, delen van het geheel.

10. Hoe verhoudt zich de *zaakwaarneming* tot het beginsel dat het niemand is toegestaan zich te verrijken op kosten van een ander? Van de 'rechtmatige daden' lijkt juist deze zaakwaarneming het moeilijkst – wellicht in het geheel niet? – onder het beginsel van de ongerechtvaardigde verrijking te brengen. In het verleden heeft Van Ittersum, sprekend over Pomponius, wel opgemerkt dat het vorderingsrecht van de gestor welbeschouwd op deze regel berust¹⁵⁹, en ook Van Goudoever legt een verbinding tussen zaakwaarneming en ongerechtvaardigde verrijking.¹⁶⁰ Maar in de regel wordt toch de *negotiorum gestio* in een geheel ander kader geplaatst. De grond van de vordering zou zijn gelegen in 'het maatschappelijk belang', in 'les sentiments d'humanité vers l'absens', in de 'service à l'autrui', de 'Menschenhilfe im Privatrecht' en de 'équité'.¹⁶¹ Wanneer dit soort gronden wordt aangevoerd is er duidelijk sprake van onmacht. Bregstein zegt, wanneer in het kader van de ongerechtvaardigde verrijking naar de billijkheid wordt verwezen:

'Het beroep op deze "aequitas" is nietszeggend: tenslotte behoort alle recht een uitvloeisel van de "aequitas" te zijn'.¹⁶²

Dit oordeel is ook hier op zijn plaats. Maatschappelijk belang, Menschenhilfe en soortgelijke begrippen bieden geen verklaring, zij vormen daartoe slechts een aanzet. Evenmin soelaas brengt de conclusie van Verburg, die, in zijn dissertatie over de vrijwillige zaakwaarneming, de boven gemelde rechtsbeginselen van de zaakwaarneming besprekend, opmerkt:

'Men zal *als rechtsbeginsel* moeten aanvaarden, dat het handelen van degen die beoogt te voorzien in de dringende behoefte of een noodtoestand, welke bij een ander bestaat, een daad oplevert die geldt als de daad van die ander, als had hij deze zelf verricht. De zaakwaarneming wordt daarmee het tegenovergestelde van de onrechtmatige daad'.¹⁶³

Hier wordt dus ter verklaring van de zaakwaarneming een apart rechtsbeginsel in het leven geroepen. Ook in Duitsland weet men met de zaakwaarneming

158. Vgl. Mazeaud et Tunc t.a.p. alwaar in vervolg op het boven geciteerde wordt opgemerkt dat de wetgever die het hele recht tot het ene principe van de ongerechtvaardigde verrijking zou terugbrengen 'manquerait à sa fonction'.

159. Nieuwe Bijdragen 1865, blz. 44.

160. Bijdragen tot de leer der zaakwaarneming, diss. Leiden 1905, blz. XXXVI.

161. Resp. Diephuis, Domat, Planiol-Ripert, Kohler en Colin et Capitant, zoals geciteerd bij Verburg, diss. blz. 163.

162. Blz. 191.

163. Blz. 165.

– Geschäftsführung ohne Auftrag – niet goed raad. In het kader van de boven aangeduide tweedeling Güterbewegung/Güterschutz, wordt zij beschouwd als een vreemde eend in de bijt. Esser/Schmidt geeft als uitgangspunt van het Duitse verbintenissenrecht

‘das Anknüpfen von Rechtsbeziehungen zur individuellen Bedürfnissbefriedigung privater Initiative zu überlassen und nur dort von Gesetzes wegen Vorkehr zu schaffen, wo es um die Erhaltung des je vorhandenen Güterbestandes geht’.¹⁶⁴

In een noot bij deze tekst vermeldt hij dan:

‘Lediglich die Geschäftsführung ohne Auftrag der par. 677 ff. entzieht sich dieser Zweiteilung, insofern der dem berechtigt handelnden Geschäftsführer zugestandene Aufwendungsersatz weder Unrechtskompensation noch Vertragsleistung darstellt’.

De Geschäftsführung ohne Auftrag wordt beschouwd als een autonome rechtsfiguur, gebouwd op de verplichting tot Menschenhilfe.¹⁶⁵ Daarbij wordt in par. 677 BGB de actie uit zaakwaarneming vastgeklonken aan de wil of de vermoedelijke wil van de gestus.¹⁶⁶ De verbintenis uit zaakwaarneming wordt daardoor evenwel *eenzijdig belicht*. Dit is, zoals nog zal blijken, een onvolledige benadering, die niet zonder gevolgen blijft. Dat de zaakwaarneming zo vaak wordt gezet in de sleutel van de – buiten zijn medeweten gebonden – debiteur, verhindert een genuanceerde kijk op de problematiek. Tussen overeenkomst en herstel van onrecht in, staat herstel van wat rechtmatig tot stand is gekomen doch evenzeer verevening behoeft. Ook in het Duitse recht is dit geen onbekende figuur nu lang niet alle gevallen van ongerechtvaardigde verrijking in de ware zin van het woord Unrechtskompensation betreffen; vaak gaat het om gevallen waarin pas van onrecht sprake zou zijn, wanneer er geen herstel zou plaatsvinden. Maar is dit niet ook de kern van de zaakwaarneming?

Stoljar, in zijn minutieuze studie over ‘the foundations of negotiorum gestio’¹⁶⁷, legt – nadat hij eerst de zaakwaarneming heeft afgezet tegen de overeenkomst – een verbinding tussen zaakwaarneming en quasi-contract:

‘a subtle and complex relationship to which far too little attention has been paid’.¹⁶⁸

Niettemin benadrukt hij de verschillen:

‘In quasi-contract or unjust enrichment, the claim is, generally speaking, for the recovery of money paid by mistake or under compulsion, or of money that can be

164. Blz. 131 en noot 1 aldaar.

165. Vgl. ook Enneccerus-Lehmann, par. 165.

166. Par. 677 BGB luidt: ‘Wer ein Geschäft für einen anderen besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein, hat das Geschäft so zu führen, wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmasslichen Willen es erfordert’.

167. International Encyclopedia of Comparative Law, X.

168. Blz. 9.

followed to third parties or traced into mixed funds. The overriding objective here is restitution in strict sense, the restitution of a *res*, usually a sum of money, which the plaintiff or claimant is not so much “owed” as, rather, “owns”. He “owns” it because the defendant acquired the *res* neither through a valid contract nor by an irrevocable gift so that the defendant can be said to hold it vis-à-vis the plaintiff without a proper title or “cause”.¹⁶⁹

Hij vat de verschillen tussen unjust enrichment en *negotiorum gestio* dan aldus samen:

‘In (. . .) “ordinary” quasi-contract, i.e. quasi-contract minus *negotiorum gestio*, the characteristic function of the law is to enable the return or restitution of a *res*, including a sum of money, an action the Romans called a *condictio* almost to emphasise its “proprietary” character. In *negotiorum gestio*, by contrast, the law far from serving such a “proprietary” function rather furnishes a means of recompensing another (the *gestor*) for his voluntary services, especially the expenses or outlays accompanying such services’.

Hij stelt ditzelfde nogmaals kort maar krachtig anders:

‘While the restitution of things merely neutralises a proprietary imbalance, a restitution for services creates a new financial burden for the defendant’.¹⁷⁰

En verderop:

‘It is one thing to make the defendant return a specific or identifiable *res*, quite another to make him pay for unrequested services out of his own purse’.¹⁷¹

Hier bekijkt ook hij gevallen van zowel ongerechtvaardigde verrijking als van zaakwaarneming van de zijde van de debiteur. Worden deze twee gevallen echter ‘van bovenaf’ gezien, dan blijkt – met alle verschillen wat betreft de feitencomplexen die tot een actie aanleiding geven – de overeenkomst als het er op aan komt groot te zijn, zeker als het gaat om de in het kader van de zaakwaarneming vrijwillig voor een ander verrichte diensten, waarnaar Stoljar’s aandacht primair uitgaat. Stoljar komt echter uiteindelijk ook tot deze zelfde conclusie, wanneer hij stelt:

‘just as a person has a right to a return of his *res* because it is his property, so he has, or must have, a right to some reimbursement or recompense for his work and labour, these being just another form of assets, his labour being no less valuable to him than his tangible property’.¹⁷²

¹⁶⁹. Blz. 9 sub 12.

¹⁷⁰. Blz. 10.

¹⁷¹. Blz. 11.

¹⁷². Blz. 15.

Kan men de ongedaanmakingsactie in geval van een mislukte overeenkomst omschrijven als een 'hier met mijn zaak/mijn geld', en in geval van onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking als een 'hier met mijn geld/(de waarde van) mijn zaak', in geval van zaakwaarneming is er sprake van 'hier met mijn geld dat is gaan zitten in kosten die *u* ten goede zijn gekomen/hier met de waarde van mijn *te uwen behoefte* verrichte arbeid'. In alle gevallen is er sprake van verevening: een der partijen zou, als hem geen actie toekwam, verlies lijden.¹⁷³ De grondslag van de zaakwaarneming is gelegen in de noodzaak van herstel van wat door Stoljar wordt omschreven als 'pure economic loss' aan de zijde van de gestor, *terwijl de gestus er hoe dan ook beter op geworden is*.

Dat dit laatste zo is, wordt herhaaldelijk ontkend. Zo is voor Stoljar de belangrijkste grond om te onderscheiden tussen unjust enrichment en negotiorum gestio gelegen in juist het volgende:

'Negotiorum gestio can and does operate without there being any benefit. (. . .) Indeed, negotiorum gestio is not so much predicated on a notion of unjust enrichment as on an idea of unjust sacrifice'.¹⁷⁴

Hij verlegt hier het accent van de gestus naar de gestor; van de verrijking naar de verarming; van wat essentieel is voor de ongerechtvaardigde verrijkingsactie, naar wat essentieel is voor de actie uit zaakwaarneming en beide rechtsfiguren wezenlijk van elkaar onderscheidt. Hij stelt echter niet de vraag, wat een bepaalde opoffering 'ongerechtvaardigd' maakt, in die zin, dat compensatie door een bepaalde partij aangewezen is. Moet het ongerechtvaardigde van de opoffering van de gestor niet worden gevonden in een niet gecompenseerde aanwas aan de zijde van de gestus, zelfs als deze – achteraf bezien – voor deze laatste op nul uitkomt? Buiten gevallen van schadeveroorzaking, kan er natuurnoodzakelijk geen sprake zijn van een 'sacrifice' aan de ene zijde, als er elders als gevolg daarvan geen 'benefit' is ontstaan. Wat is 'opgeofferd' in het kader van de zaakwaarneming, is onherroepelijk bij de gestus terecht gekomen. Stoljar echter zegt met evenzoveel woorden, dat de theorie van de ongerechtvaardigde verrijking de figuur van de zaakwaarneming niet kan verklaren:

'a theory of unjust enrichment will not do, we need an alternative theory to support and justify a gestor's claim'.¹⁷⁵

De kern van zijn betoog op dit stuk, is gelegen in de volgende overweging:

'The reward for G (Gestor, schr.) is, it should be remembered, for his services, not for the enrichment conferred on P (Principal, schr.), for P need not be actually enriched by G's services, as where P's house that G just repaired burns down. This last hypothesis is, admittedly, somewhat rare; but it is most representative of a gestor's claim. It is precisely the case a theory has to cover if it is to be at all adequate.

173. Vgl. ook nr. 13.

174. Blz. 11.

175. Blz. 17.

It is, in the final analysis, just this sort of case which leads from a theory of unjust enrichment to one of unjust sacrifice'.¹⁷⁶

Deze uitspraak houdt in, dat weerlegging van een op 'this sort of case' gebaseerde theorie, weerlegging inhoudt van de gehele theorie dat bij zaakwaarneming de ongerechtvaardigde verrijking niet aan bod kan komen. Ook voor het Nederlandse recht is een dergelijke weerlegging noodzaak. Meijers vermeldt in zijn Toelichting op de zaakwaarneming van art. 6:198 NBW namelijk het volgende:

'ofschoon de opneming van een algemene verrijksactie in het ontwerp het belang van een wettelijke regeling van de zaakwaarneming wel vermindert, mag een dergelijke regeling toch niet ontbreken. De wet dient immers vast te stellen dat degene die ongevraagd de belangen van een ander heeft waargenomen, een aanspraak kan hebben op schadevergoeding, ook al is de belanghebbende door deze waarneming van zijn belangen niet gebaat'.¹⁷⁷

Ook hier dus de erkenning van een overlap, de constatering dat de acties in elkaars verlengde liggen, maar een fundamentele afwijzing van het verrijksbeginsel voor alle gevallen van zaakwaarneming, vanwege het ene, atypische, geval, waarin de gestus niet is gebaat. Want zegt Stoljar niet in ronde woorden dat, natuurlijk,

'the practically more frequent type of case is that in which G's services do result in a clear or tangible benefit for P. Houses do not normally burn down after being repaired; people do not usually die after being medically attended to'.¹⁷⁸

In het 'normale' geval van zaakwaarneming, wordt de afstamming van het verrijksbeginsel probleemloos toegegeven. Er is evenwel geen enkele grond om de lijn van deze afstamming niet door te trekken tot dat éne 'a-typische' geval, waarin de gestus niet is gebaat. Immers, dat geval is bij nadere beschouwing misschien wel casuïstisch, maar rechtstheoretisch zeker niet, a-typisch. Om dit aan te tonen gebruik ik de voorbeelden waarmee in de literatuur steeds wordt gewerkt. De aannemer verricht werkzaamheden in het kader van de zaakwaarneming, het huis brandt af. De arts verleent hulp aan een bewusteloze op straat, de zieke sterft. In beide gevallen zou er geen sprake zijn van verrijking, slechts van verarming aan de zijde van de gestor. Een dergelijk betoog is niet zuiver. Stel dat de aannemer zijn reparaties verricht op grond van een overeenkomst met de huiseigenaar en dat de arts de zieke onderzoekt en behandelt nadat deze zich uit eigen beweging bij hem op het spreekuur heeft vervoegd. Wanneer het huis prompt afbrandt, de zieke bij het verlaten van de praktijkruimte in elkaar zakt, zou – wanneer de gedachte die bij de zaakwaarneming wordt gevolgd ook hier werd toegepast, en die er in feite op neerkomt dat de wederpartij met de

¹⁷⁶. Blz. 17.

¹⁷⁷. Parl. Gesch. Boek 6 blz. 789.

¹⁷⁸. Blz. 17.

prestatie niets is opgeschoten — de aannemer en de arts hun vordering moeten worden ontzegd. Dit zou dan moeten leiden tot de constatering dat er sprake is van wanprestatie maar: dat degene die heeft gepresteerd recht heeft op vergoeding van zijn prestatie op grond van ongerechtvaardigde verarming. Dat is een redenering vanuit het absurde maar een die wel aantoonst waar — met betrekking tot de zaakwaarneming — de knoop zit. Het enige *wezenlijke* verschil in beide situaties is gelegen in het feit dat in geval van overeenkomst de wederpartij om de prestatie heeft verzocht, terwijl in geval van zaakwaarneming de prestatie de gestus buiten zijn medeweten — maar wel, als *conditio sine qua non*, geheel in zijn eigen belang — is toegevoegd. In beide gevallen is er een vorderingsrecht ontstaan *omdat er is gepresteerd*. In het eerste geval werd daarom verzocht; in het tweede geval heeft de gestor daarvan de noodzaak onderkend en gehandeld als gevolg van een daaruit volgende rechtsplicht.¹⁷⁹ Dat de schuldenaar er *uiteindelijk* niet beter op is geworden, is het gevolg van een later opgekomen gebeurtenis die niet in causaal verband staat met de prestatie van de aannemer of de arts, en die voor rekening en risico komt van de wederpartij. Dit geldt voor de overeenkomst en voor de zaakwaarneming. Een latere gebeurtenis (de brand) doet teniet wat een benefit geweest zou zijn ware het niet — althans bij de vereiste afwezigheid van causaal verband tussen de zaakwaarneming en het feit dat voorkwam dat de gestus gebaat wordt — dat juist deze gebeurtenis dat verhinderde. De debiteur heeft de prestatie ontvangen en werd daardoor — ook al ging deze onmiddellijk daarna verloren — *per definitie* verrijkt. Ook de zieke, die na de behandeling sterft, heeft een prestatie ontvangen en deze was, juist in geval waarin verhaal op grond van zaakwaarneming mogelijk blijkt, in zijn belang. Reeds dit ‘handelen in iemands belang’, houdt een verrijking in van de gestus. Stoljaar benadrukt dat

‘the gestor must act, as the phrase goes, “usefully” or utiliter for P, whether or not the latter actually receives a benefit (a gestor, for example, still acts utiliter even if a house he repaired later burns down)’.¹⁸⁰

Deze eis wordt altijd en overal aan de zaakwaarneming gesteld. Hoe zou nu, wat ‘useful’ is, geen waarde vertegenwoordigen? De crux zit echter elders. Een in het oog springend verschil met de actie uit ongerechtvaardigde verrijking is namelijk gelegen in het feit dat dáár de hoogte van de vordering van de crediteur is gerelateerd aan de (nog aanwezige) verrijking van de debiteur.¹⁸¹ Het is dit

179. Het komt mij voor dat er — wanneer de Menschenhilfe, het altruïsme en dergelijke meer, als bron van de verbintenis uit zaakwaarneming wordt aangemerkt — niet voldoende wordt onderscheiden tussen twee grootheden. De Menschenhilfe brengt onder omstandigheden de *rechtsplicht* mee de zaken van een ander te behartigen; nalaten kan een onrechtmatige daad inhouden. De Menschenhilfe, het altruïsme, *verplicht de gestor* tot optreden. De verbintenis die door het handelen van de gestor *op de gestus rust*, vindt haar oorsprong elders. Zie boven.

180. Blz. 12. De MvA II op art. 6:212 gaat nog verder: ‘Bij een vordering wegens zaakwaarneming heeft immers de zaakwaarnemer recht op vergoeding uit hoofde, dat een uitgave als nuttig of noodzakelijk is gedaan’. Dit element van noodzaak zal zich m.n. voordoen in het geval van de arts die uit hoofde van zaakwaarneming een patiënt verzorgt, die niettemin sterft.

181. Vgl. Bregstein, diss. blz. 198 e.v. en Parl. Gesch. boek 6 MvA II blz. 824 en voorts TM blz. 831.

feit, dat Stoljar er toe brengt de twee acties een eigen grondslag toe te delen. Ten onrechte. Dit feit levert een rechtvaardiging op voor een onderscheiding van de acties. Maar geen van de verschillen die rechtvaardigen dat zaakwaarneming en ongerechtvaardigde verrijking *juridisch-technisch* als afzonderlijke rechtsfiguren worden gezien, behoeft in de weg te staan aan de constatering dat de vordering in beide gevallen *rechtstheoretisch* op hetzelfde beginsel berust. In beide gevallen gaat het gelijkelijk om de bescherming van het vermogen van de crediteur die – anders dan op grond van de door de overeenkomst gelegitimeerde goederenruil – een vermogensbestanddeel heeft afgestaan dat, hoe dan ook, aan een ander ten goede is gekomen.

11 Wie zegt dat de *onverschuldigde betaling* rechtstreeks op het verrijkingsbeginsel berust, vertelt niets nieuws. Integendeel, deze erkenning is zo algemeen, dat de noodzaak ontbreekt op deze plaats diep op deze gemeenschappelijke grondslag in te gaan. De mededeling van Von Caemmerer:

‘die “*condictio indebiti*”, die “*répétition de l’indu*” ist der wichtigste Fall der ungerichtfertigten Bereicherung’¹⁸²,

geldt niet alleen voor het Duitse recht, waar de acties uit ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling in één wetsartikel besloten liggen.¹⁸³ Voor Frankrijk, waar de jurisprudentie uit de vordering uit onverschuldigde betaling (*répétition de l’indu*, artt. 1377-1381 Cc) de algemene actie uit onge-

182. Gesammelte Schriften, blz. 376.

183. Par. 812 I 1 luidt: ‘Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt’. Hoe in Duitsland de beide acties zich uit dit wetsartikel hebben ontwikkeld – de onverschuldigde betaling als ‘Leistungskondition’, de ongerechtvaardigde verrijking uit de ‘Bereicherung in sonstiger Weise’, waaronder begrepen de ‘Eingriffskondition’, die toekomt aan degen wiens goed door schuldloos ingrijpen van een ander is verbruikt, verwerkt of vervreemd – valt te lezen bij Von Caemmerer, Gesammelte Schriften, blz. 209 e.v. Zie ook Zweigert/Kötz II blz. 263 e.v. Voor Nederland Hamaker, diss. blz. 24. Hamaker maakt een scherp onderscheid tussen de vordering uit onverschuldigde betaling en die uit ongerechtvaardigde verrijking: de eerste ‘knoopt bovenal aan bij een bepaalde vorm van menselijk handelen (de prestatie) en de intentie tot schuldelging; de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking daarentegen let vooral op vermogensverschuivingen’, blz. 34. De vraag of er sprake is van eenzelfde wortel komt bij hem niet expliciet aan bod. Uit de wijze waarop Hamaker zich echter verzet tegen Bregstein, die de onverschuldigde betaling een toepassing noemt van de verrijkingssactie, zie blz. 31 e.v., mag wellicht worden afgeleid dat hij deze ontkennend zou beantwoorden. Eenzelfde veronderstelling wordt gerechtvaardigd door de felle wijze waarop hij stelling neemt tegen de ontwerpers van Boek 6, titel 4, afdeling 2, die hij inconsequentie verwijt omdat in deze afdeling ‘nu eens menselijke handeling en intentie dan weer verrijkingselementen worden benadrukt’, blz. 36. Zie voorts nog blz. 177 voor een bespreking van art. 1395 BW. De wijze echter waarop Hamaker een van zijn uitgangspunten formuleert: ‘Niet te ontkennen is, dat voor zoverre de vordering uit onverschuldigde betaling en die uit ongerechtvaardigde verrijking dezelfde casusposities bestrijken, beide een oplossing geven. In de manier, waarop zij deze casusposities benaderen, verschillen zij echter’, blz. 34, biedt geen aanknopingspunt voor een oordeel in de ene of in de andere richting.

rechtvaardigde verrijking (*enrichissement sans cause*), heeft ontwikkeld¹⁸⁴, wordt de gemeenschappelijke grondslag evenmin ontkend.¹⁸⁵ In het Anglo-Amerikaanse recht is het al niet anders.¹⁸⁶

Voor Nederland geldt dat

‘Art. 1395 BW (. . .) evenals een algemene verrijkingsactie de strekking (heeft), enerzijds ongerechtvaardigde verrijking van de ontvanger van een betaling, anderzijds ongegronde verarming van hem die betaalde, indien voor de betaling geen rechtsgrond aanwezig is, te voorkomen. Het artikel wordt dan ook algemeen beschouwd als een wettelijke toepassing van het verrijkingsbeginsel, welk standpunt ook de Hoge Raad inneemt’,

aldus Biegman-Hartogh.¹⁸⁷ De onverschuldigde betaling betreft een verrijking, die op een bepaalde wijze heeft plaatsgevonden. Bregstein drukt deze gedachte het sterkst uit: niet alleen de geschiedenis wijst er op dat art. 1395 als een toepassing van de verrijkingsactie moet worden beschouwd doch:

‘het is inderdaad onmogelijk hiervoor een andere grondslag te vinden’.¹⁸⁸

De Toelichting Meijers tot slot, vermeldt dat in het algemeen gezegd kan worden dat het toekennen van een vordering uit onverschuldigde betaling strekt tot het voorkomen van ongerechtvaardigde verrijking. Meijers stelt echter in één adem vast, dat de regel van art. 6:203 niet te beschouwen is als een toepassing van de ongerechtvaardigde verrijking van 6:212:

‘De vordering uit onverschuldigde betaling heeft ten doel het ongedaan maken van die betaling, onverschillig of door de betaling een vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden. Ook indien in verband met het causale stelsel van eigendomsoverdracht de onverschuldigde betaling de eigendom van het ter betaling geleverde niet heeft doen overgaan en voor de volle waarde daarvan dus noch de betaler is verarmd noch de ontvanger is verrijkt, is er nochtans plaats voor de vordering uit onverschuldigde betaling’.¹⁸⁹

Hiermee is het uitgangspunt niet aangetast. Meijers betoogt dat de vordering uit

184. Arrêt Boudier, Cass. Req. 15 juin 1892, S. 1893.1. 281 (note Labbé). D.P. 1892,1. 596.

185. Von Caemmerer vermeldt over de Code civil: ‘Er enthielt neben der Regelung der répétition de l’indu nur einige wenige Einzelschriften über Fälle ungerechtfertigter Bereicherung. (. . .) In dem berühmten Arrêt Boudier von 1892 hat die Cour de Cassation dann das Tor weit aufgestossen und die Geltung eines allgemeinen Anspruchs wegen ungerechtfertigter Bereicherung anerkannt’, *Gesammelte Schriften*, blz. 372. Zie ook Goré, *L’enrichissement*, nr. 239.

186. Casusposities die de onverschuldigde betaling betreffen, worden bestreken door the law of restitution, waaraan de gedachte van de unjust enrichment ten grondslag ligt. Zie over restitution en unjust enrichment en de verschillen en overeenkomsten tussen civil law en common law op dit onderdeel, uitgebreid hierboven onder nr. 13.

187. Blz. 106. Zie aldaar voor litt. en jurisprudentie. Vgl. ook blz. 56.

188. Blz. 149.

189. Parl. Gesch. Boek 6 blz. 803.

onverschuldigde betaling naast de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking zoals deze is vastgelegd in art. 6:212, een eigen bestaansrecht heeft, en hiermee kan worden ingestemd. Maar dit mag niet blind maken voor het feit dat de onverschuldigde betaling door Meijers met een onzuiver geval wordt aangelengd. De essentie van het onderscheid met de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking zou daarin zijn gelegen dat de onverschuldigde betaling soelaas biedt ook als er geen vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden — een *conditio sine qua non* in geval van de verrijkingsactie — een situatie die zich bij voorbeeld aandient in het door Meijers hierboven gegeven voorbeeld. Maar voor dit type van gevallen is een speciaal vorderingsrecht in het geheel geen noodzaak. Voor dergelijke gevallen geldt, dat degeen die onverschuldigd heeft betaald als het om zaken gaat, kan revindiceren, en in gevallen waarin dat onmogelijk is vanwege het feit dat deze zijn verbruikt, overgedragen aan derden te goeder trouw, verloren, vernietigd en dergelijke meer, een beroep kan doen op de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking of uit onrechtmatige daad. Wanneer het om geld gaat, zal er sprake van een vermogensverschuiving zijn, zodat de ongerechtvaardigde verrijking in aanmerking komt; en mocht dat in een uitzonderingsgeval anders liggen, dan gaat ook hier op wat voor zaken geldt. De onverschuldigde betaling is voor gevallen waarin er van verrijking geen sprake is, niet onmisbaar. Zij geeft slechts een extra, in de vorm van een technische regeling die in feite overal elders in de wet een onderkomen had kunnen vinden. Van een bron van verbintenis in de ware zin van het woord is in dit type gevallen dan ook geen sprake, *er was in alle gevallen reeds een grond tot vorderen aanwezig* (de revindicatie, de ongerechtvaardigde verrijking, de onrechtmatige daad). De Toelichting Meijers dreigt hierop het zicht te ontnemen. Het moge voor het rechtsverkeer efficiënt zijn om een specifieke groep van casusposities rechtstreeks bij de onverschuldigde betaling onder te brengen, uit deze doelmatigheidsmaatregel mag niet worden afgeleid dat de onverschuldigde betaling niet meer zou berusten op het verrijkingsbeginsel. Het systeem vertoont verschillen tussen afd. 6.4.2 en 6.4.3, waarvan de belangrijkste lijkt gelegen in het feit dat 6.4.3 een *schade-actie* behelst, terwijl het in afd. 6.4.2 om ongedaanmakingsvorderingen gaat.

Belangrijker dan de verschillen zijn, is de essentiële overeenkomst tussen (zuivere) gevallen van onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking. Hoe ook het goed dat op grond van welke van beide vorderingen ook wordt opgeëist, bij de gedaagde is terecht gekomen — door middel van een prestatie of anderszins — kenmerkend en doorslaggevend voor het ontstaan van het vorderingsrecht is steeds, dat er aan de zijde van de gedaagde *een grond ontbreekt om dat goed te behouden*¹⁹⁰, ofwel daarvoor geen schadevergoeding ter beschikking te stellen. Hieraan moet de conclusie worden vastgeknoopt dat het

190. Zie hierboven onder nr. 7. Vgl. ook Zweigert/Kötz II blz. 265, die naar Rabel verwijst waar deze betoogt dat in het Romeinse recht aan de *conditio* niet zozeer 'unbestimmte Billigkeitserwägungen' ten grondslag lagen, noch een bijzondere grond aan de zijde van de eiser, alswel het ontbreken van een grond tot het behouden van het goed aan de kant van de gedaagde; Rabel, *Grundzüge des römischen Privatrechts* (1955) blz. 119, vindplaats bij Zweigert/Kötz.

in beide gevallen gaat om het rechte trekken van een ongerechtvaardigde verrijking.

De regeling van de wetgever op dit stuk, wordt anders geïnterpreteerd door Schoordijk, die er van uit gaat dat deze wil aantonen dat de vordering uit onverschuldigde betaling niet op het verrijkingsbeginsel stoelt.¹⁹¹ Schoordijk verwierpt de ont koppeling van de actie uit onverschuldigde betaling van die uit ongerechtvaardigde verrijking, een ont koppeling die door hem als een novum wordt aangemerkt, en stelt dat het leerstuk van de onverschuldigde betaling slechts begrijpelijk is voor hem die het in de sleutel van het verrijkingsrecht zet. De ont koppeling van beide *vorderingen*, (die hij gezamenlijk besloten acht in art. 1395 BW), staat er echter niet aan in de weg, de vordering uit onverschuldigde betaling te blijven zien als berustend op het verrijkings*beginsel*. De Parlementaire Geschiedenis geeft geen aanleiding hier anders over te gaan denken.

12. Wat betreft de verhouding tussen *onrechtmatige daad* en ongerechtvaardigde verrijking zou kunnen worden volstaan met het hierboven onder nr. 9 gestelde en met name met een verwijzing naar het citaat van Tunc¹⁹², die de onrechtmatige daad ('Chacun doit réparer le dommage qu'il cause, par sa faute, à autrui'), laat opgaan in het beginsel van de ongerechtvaardigde verrijking ('on pourrait d'ailleurs . . . se contenter d'écrire: Nul ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui'). Wanneer het er hier uitsluitend om zou gaan de onderdelen van het verbintenissenrecht aan de gouden draad van dit ene beginsel te rijgen, zou met deze constatering van een zo gezaghebbend auteur inderdaad het voornaamste gezegd kunnen zijn. Er is echter met de onrechtmatige daad nogal wat aan de hand, dat in het kader van een onderzoek naar zowel de grondslagen als de toekomst van het verbintenissenrecht — die nauw met elkaar samenhangen¹⁹³ — niet geheel genegeerd kan worden. Zo moet ten eerste worden gewezen op de nadelige gevolgen van het feit dat de onrechtmatige daad nog te veel wordt benaderd vanuit een oud begrippenkader, *dat nooit geheel deugdelijk is geweest*. Daarbij moet ik allereerst, nogmaals, stellen dat er hier van uit wordt gegaan dat de onrechtmatige daad in dienst staat van de vermogensbescherming.¹⁹⁴ Deze opmerking heeft overigens een merkwaardige lading. Zij kan worden afgedaan als een vanzelfsprekendheid die zelfs geen vermelding behoeft; deze 'open deur' wordt in de Nederlandse literatuur dan ook doorgegaans¹⁹⁵ voorbij gelopen. Anderzijds moet worden geconstateerd dat de gevolgen die aanvaarding van dit uitgangspunt met zich zou brengen, in de literatuur evenmin zijn terug te vinden. Wanneer namelijk wordt aangenomen dat de vordering uit onrechtmatige daad primair dient tot herstel van onevenheden en niet

191. Het algemeen gedeelte, blz. 425. Schoordijk verwijst hiervoor naar een passage die in de Parl. Gesch. Boek 6 is terug te vinden op blz. 804.

192. Zie noot 154 en bijbehorende tekst onder nr. 8 hierboven.

193. Vgl. Slotopmerkingen i.f.

194. Zie hierboven onder nr. 8 i.f.

195. Zie de handboeken, Asser-Rutten-Hartkamp, Hofmann-Drion-Opstall e.a.

– bij voorbeeld – tot preventie van schade¹⁹⁶, of tot vergelding van verwijtbaar gedrag¹⁹⁷, lijkt de vaststelling onontkoombaar dat de grondslag van de vordering is gelegen in de bescherming van de status quo. Van hieruit kunnen dan verdere theorieën worden gebouwd: vanuit de expliciete vaststelling dat vermogensbescherming ook van de verbintenis uit onrechtmatige daad het fundament vormt, kan als *sequel* daarvan worden onderzocht *wanneer* en in hoeverre iemand verplicht is de door een ander in zijn vermogen geleden schade te vergoeden. Deze benadering kenmerkt het Duitse recht. Zo stelt bij voorbeeld Larenz:

‘Was als Schadensersatz geschuldet wird, das richtet sich (. . .) nach dem Ausgleichsgedanken. (. . .) Der Ausgleichsgedanke ist orientiert an dem Interesse des Geschädigten, nicht am Verhalten des Ersatzpflichtigen. Dem Geschädigten soll der Nachteil, den er infolge eines Vorgangs erlitten hat, für den ein anderer verantwortlich ist, nach Möglichkeit ausgeglichen, wieder gut gemacht werden’.¹⁹⁸

196. Voor Nederland Wertheim, Aansprakelijkheid voor schade buiten overeenkomst, diss. Leiden 1930. Recentelijk verdedigen de rechtseconomen, waaronder in het Nederlandse taalgebied Mac-kaay, zie NJB 1980 blz. 813 e.v., de stelling dat het schadevergoedingsrecht in de kern preventie tot doel heeft. Overigens is duidelijk dat het onrechtmatige daadsrecht meerdere functies kan hebben. Daarbij dient men zich echter wel te realiseren, dat het noodzakelijk is te onderscheiden tussen ‘grond’ en ‘functie’. De *grond* is de factor die de verbintenis *rechtvaardigt*, i.e. de noodzakelijke verevening. Maar deze rechtvaardiging op een bepaalde grond, sluit niet uit dat met de verevening ook andere doeleinden gerealiseerd worden. Deze *op zich* zouden echter de verbintenis niet kunnen schragen. Larenz zegt bij voorbeeld over de preventie dat zij ‘wenn auch nicht als Hauptzweck, so doch als ein in vielen Fällen erwünschtes Nebenprodukt der Schadensersatzpflicht in Betracht (kommt)’, Schuldrecht, blz. 432. En Fleming, Torts, blz. 1/2, merkt op dat ‘(the) law makes less and less allowances to ideas of punishment, admonition, deterrence’, hetgeen impliceert dat deze ideeën wel degelijk in het recht aanwezig zijn. Zie ook – echter in tegengestelde richting – Veegens in zijn noot onder het Jaguar I-arrest, NJ 1963, blz. 11: ‘Het recht heeft niet alleen een vergeldende functie maar ook een verevenende’. Dit alles verdraagt zich zeer wel met de opvatting dat de onrechtmatige daad uiteindelijk stoelt op de Güterschutz.

Zie voor een rijke uiteenzetting met betrekking tot de (vijf) in de loop der tijden onderkende functies van het onrechtmatige daadsrecht: ‘(a) punishment of (b) a wrongdoer, (c) compensation and satisfaction of the aggrieved party, (d) redress of the social order and (e) deterrence of anti-social behaviour’, Tunc, Introduction, nrs. 154-178. Zie ook, Glanville Williams, The Aims of the Law of Tort, Current Legal Problems 1951, blz. 137 e.v.

197. Dit is in Nederland voor grote delen van het onrechtmatige daadsrecht de heersende leer. Anders Van Dunné, Verbintenissenrecht 1985, blz. 239 e.v. met verwijzing naar geestverwanten op p. 241.

198. Schuldrecht, par. 27 I blz. 424. Even duidelijk is Esser/Schmidt, die zelfs spreekt van het ‘Prinzip einer Vermögensabsicherung im Recht des Schadensersatzes’ par. 30 I 1, en van de absolute ‘Vorrang des Ausgleichsgedankens’, par. 30 I 3. De verantwoordelijkheid van de laedens komt daarna aan de orde. In Nederland in deze zin Slagter, diss., vgl. blz. 188: ‘De ontstaansgrond van de actie ex art. 1401 B.W. is de toegebrachte schade. Het privaatrecht heeft slechts ten doel de vermogensbelangen te beschermen, niet om iemand die zich misdragen heeft te treffen’, en blz. 189: ‘Niet het subjectieve element – de schuld van de dader – maar het objectieve element – de aan de gelaedeerde onrechtmatig veroorzaakte schade –, niet de op schuld gebaseerde plicht van de dader, maar het op onrechtmatig veroorzaakte schade gegrondveste recht van de gelaedeerde op schadevergoeding behoren uitgangspunt te zijn bij onze beschouwing van art. 1401 B.W. en voor de rechtsgrond van de privaatrechtelijke schadevergoeding. Niet historisch, maar logisch is het recht van de gelaedeerde op schadevergoeding primair, niet de plicht van de dader’. Vgl. ook Polak, diss. →

Op grond hiervan worden door hem 'Sanktion des Unrechts' en 'Preventionsgedanken' als mogelijke gronden voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad verworpen. Interessant is dan de passage die hierop aansluit:

'Freilich darf hierbei eines nicht übersehen werden. Auch wenn es dem Gesetz in erster Linie um das Interesse des Geschädigten an der Erhaltung seiner Güter und damit um die Wiederherstellung geht, bedarf es doch stets eines Grundes, der es rechtfertigt, dieses Interesse gerade auf Kosten des Ersatzpflichtigen zu befriedigen. Es genügt daher nicht, dass jemand überhaupt einen Schaden erlitten hat; auszugleichen ist dieser Schaden nur, soweit ein anderer für ihn rechtlich verantwortlich ist'.

De theorievorming verloopt hier in twee fasen. Bovenaan staat (1) het belang van de gelaedeerde, de bescherming van zijn goederen; herstel is geboden (2) door degene die voor de schade 'rechtelijk verantwoordelijk' is. Dit is (geheel afgezien van de wijze waarop in Duitsland deze norm wordt ingevuld) een alleszins bevredigende benadering, die door het *open karakter* van de norm van de rechtelijke verantwoordelijkheid ook onmiddellijk inzichtelijk maakt hoe, zonder dat een grondslagenstrijd noodzakelijk is, de onrechtmatige daad in 1990 een ander gezicht kan hebben dan in 1930.

Hoe anders ziet dan de Nederlandse theorie er uit. Schuld en risico (en natuurlijk de billijkheid¹⁹⁹), worden rechtstreeks als de dragende principes aangevoerd, terwijl daarvan afwijkende opvattingen een volstrekte afwijzing ten deel is gevallen.²⁰⁰ Maar *schuld en risico als grondslag*, roepen een flink aantal problemen op, waarvan de volgende nog tot de geringste behoren:

Worden zij beschouwd als grootheden die elkaar in de tijd zijn opgevolgd? Dan moet men zich afvragen hoe het mogelijk is dat fundamenteen, die verantwoord liggen in het gehele systeem van het vermogensrecht, aan het schuiven raken zonder het gehele gebouw in hun val mee te sleuren. Ziet men schuld en risico als twee afzonderlijke grondslagen, zoals Asser-Rutten-Hartkamp:

blz. 73: 'in het civielrecht staat primair de vergoedingsaanspraak op de voorgrond en de vergoedingsaansprakelijkheid is niet dan een (niet inhaerent) sequeel'.

199. Met betrekking tot de billijkheid als grondslag, moet het volgende worden opgemerkt. Asser-Rutten-Hartkamp, III nr. 19 stelt: 'Aan de wens om voor alle gevallen van aansprakelijkheid een gemeenschappelijke grondslag te construeren, zou kunnen worden voldaan door de *billijkheid* als zodanig te aanvaarden. In alle gevallen toch waarin de wet iemand verplicht de door een ander geleden schade te vergoeden, heeft de wetgever gekozen voor de oplossing die hem het meest redelijk en billijk voorkomt, ook al heeft hij zich daarbij mede laten leiden door overwegingen van rechtspolitieke aard'. Maar wie zegt 'het is billijk', zegt in feite, 'ik weet het antwoord niet'. De billijkheid lijkt inmiddels zo vaak als panacea onmaskerd te zijn (vgl. bij voorbeeld Bruins, diss. die opmerkt: 'Een beroep op de billijkheid enz. is (. . .) enkel een beroep op een woord, waar de gedachte ontbreekt, het is een bewijs van onmacht', blz. 118) dat deze onmacht wellicht eens openlijk zou moeten worden toegegeven.

200. Slagter's leer van de onrechtmatige veroorzaking werd scherp gecritiseerd, vgl. Schut, diss. blz. 36/37, alwaar ook vindplaatsen. Ditzelfde geldt voor de theorie van Polak die aanspraak en aansprakelijkheid scherp van elkaar onderscheidt en afzonderlijk invult (daarbij moest echter voor al Polak's schadebegrip het ontgelden, zie Bloembergen, diss. nr. 19, alwaar ook vindplaatsen). Schut heeft met de door hem op zijn beurt ontwikkelde leer van de rechtelijke verantwoordelijkheid evenmin school gemaakt, zie Asser-Rutten-Hartkamp III onder nr. 21.

‘Aan sommige wetsbepalingen ligt het schuldbeginfel, aan andere de risicogedachte, aan weer andere liggen beide ten grondslag’²⁰¹,

dan moet het woord van Schut serieus worden genomen dat het een eis van wetenschap is dat één algemene, de gehele wettelijke aansprakelijkheid omvatende, grondslag wordt aangewezen.²⁰² Wellicht is de tekortkoming van de Nederlandse theorie met betrekking tot de grondslag van de onrechtmatige daad – waarvan inmiddels duidelijk is dat men er niet (meer) mee uit de voeten kan²⁰³ – hierin gelegen, dat men de *verantwoording* van wat Larenz²⁰⁴ de rechtelijke verantwoordelijkheid noemt – en die noodzakelijk is vanwege het algemeen aanvaarde uitgangspunt dat in elk geval van schade ‘there must be some reason (. . .) for calling on the law to provide the redress sought, to shift the loss’; of, in de woorden van Larenz, ‘es bedarf (. . .) stets eines Grundes, der es rechtfertigt, dieses Interesse gerade auf Kosten der Ersatzpflichtigen zu befriedigen’²⁰⁵ – heeft aangezien voor de *grondslag* van de aansprakelijkheid. Hieruit vloeien onoverzienbare problemen voort.²⁰⁶ Wanneer echter als grondslag van de vordering uit onrechtmatige daad wordt aanvaard de enkele aantasting van het vermogen van de gelaedeerde, de veroorzaking van onevenheid, kunnen alle verdere vragen die nog aan de orde moeten komen alvorens tot aansprake-

201. Nr. 19.

202. Diss. blz. 27.

203. Instructief: Van Dunné Verbintenissenrecht 1985 blz. 239 e.v. Vgl. ook Tunc, Introduction, nrs. 113-153.

204. Niet te verwarren met de leer van Schut aangaande rechtelijke verantwoordelijkheid, diss. Schut wijst de gedachte dat, zoals Polak, diss. blz. 73 het uitdrukt, in het civiele recht de vergoedingsaanspraak voorop staat terwijl de aansprakelijkheid daarvan het sequeel is, nadrukkelijk af. De kern van zijn theorie formuleert hij aldus: ‘Het probleem van de aansprakelijkheid is dat van de verantwoordelijkheid en het probleem van de verantwoordelijkheid is dat van de vrijheid. Ieder die voor het recht persoon is, en aan het rechtsverkeer deelneemt, draagt verantwoordelijkheid ten aanzien van zijn rechtsgenoten, die hij als medegerechtigden heeft te erkennen en te respecteren. Daarom is ieder rechtssubject verantwoordelijk voor de wijze waarop hij van de hem in en door het recht gegeven vrijheid gebruik maakt. Allereerst houdt deze verantwoordelijkheid in, dat men met de ander rekening houdt en diens lijf en goed ontziet, dat men het eigen gedrag afstemt op wat die ander aan recht en vrijheid toekomt, kortom dat men bij al zijn doen en laten ernaar streeft de harmonie der rechtsorde te bewaren. Voorts veronderstelt deze verantwoordelijkheid dat men bij verstoring van het maatschappelijk evenwicht de kwade gevolgen van zijn handelen op zich neemt en tot het opheffen van die verstoring meewerkt’, diss. blz. 40. Geconstateerd moet worden dat de leer van Schut inmiddels evenzeer gedateerd is als het door hem verworpen schuldbegrip. Het aansprakelijkheidsprobleem is niet meer, zoals Starck in 1947 nog stelt ‘une question de conflit des droits, d’un choix à opérer entre la liberté de l’un et la sécurité de l’autre’, vlg. instemmend Schut blz. 34. Wanneer ‘the principal concern of the law of torts nowadays is with casualties of accidents, i.e. of *unintended harm*’, Fleming, Torts, blz. 1 (curs. toegevoegd), wanneer duidelijk is dat het gros van de onrechtmatige daden niet voortvloeit uit het feit dat de laedens zijn vrijheid misbruikt, geen rekening houdt met een ander et cetera, maar een ‘byproduct of modern living’ wordt genoemd, Fleming, t.a.p., of gekenschetst wordt als resultaat van ‘statistically inevitable errors’, Tunc Introduction nr. 144, zie ook nr. 129; is ook de rechtelijke verantwoordelijkheid zoals die naar voren komt bij Schut, namelijk als probleem van de vrijheid, niet in staat de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van een fundament te voorzien.

205. Winfield on Tort, blz. 2. Larenz, Schuldrecht, blz. 424.

206. Vgl. litt. noot 203.

lijkheid van de veroorzaker wordt besloten, in alle zuiverheid worden gekenschetst als *voorwaarden*. Dat deze voorwaarden – in ruimer mate dan grondslagen – afhankelijk zijn van tijd en plaats (van rechtspolitiek) behoeft geen betoog. Zo is, dogmatisch probleemloos, verklaarbaar, hoe in de vorige eeuw ‘schuld’ noodzaak was, terwijl dit thans in het onrechtmatige daadsrecht een tamelijk inhoudsloos begrip is. In het maatschappijbeeld van de vorige eeuw, paste de schuld als *conditio sine qua non*: tegenover de bescherming van het vermogen van de gelaedeerde, stond de even hoog genoteerde vrijheid van handelen van de laedens.²⁰⁷ Op het scherp van deze snede kon ‘schuld’ de belangen van beide (groepen van) partijen in evenwicht houden. De opmars van de risico-aansprakelijkheid en de toerekening naar redelijkheid dienen zich aan in een wereld waarin het gros van de onrechtmatige daden het gevolg is van ‘algemeen menselijke feilbaarheid’.²⁰⁸ Schade toebrengen aan anderen wordt gezien als een ‘byproduct of modern living’, waarbij het in verweg de meeste gevallen gaat om ‘statistically inevitable errors’.²⁰⁹ De vraag naar de verwijtbaarheid kan niet meer voorop staan wanneer

‘(i)t is increasingly realised that human failures in a machine age exact a large and fairly regular toll of life, limb and property, which is not significantly reducible by standards of conduct that can be prescribed and enforced by the operation of tort law. (...) The progress of society is linked to the maintenance and continuance of industrial operations and fast methods of transport, and must therefore suffer the harms associated with them’²¹⁰,

207. En, natuurlijk, de bescherming van zijn vermogen tegen aanslagen van buitenaf. Kenmerkend voor de onrechtmatige daad is immers dat de schade als die eenmaal gevallen is, niet echt ‘hersteld’ kan worden, het gaat om verplaatsing van het verlies, om de vraag wie de schade draagt, zoals Tunc de loss-allocation typeert. Deze bescherming ook van het vermogen van de laedens, komt in de huidige tijd ook weer in de aandacht. Vgl. Bloembergen, NJB 1980 blz. 183 (zie noot 220), die een onderzoek naar de invloed van verzekeringen op verhaal van schade aldus afsluit: ‘Ik denk dat de hier signaleerde ontwikkelingen samenhangen met de groei naar de moderne verzorgingsstaat. Centraal staat daar de bescherming van de mens, onder meer tegen de gevolgen van allerlei narigheden die hem in dit leven kunnen overkomen. Welnu, in mijn overzicht komt tot uitdrukking dat diezelfde beschermingsgedachte essentieel is geweest op het door mij betreden terrein, niet alleen in die zin dat bescherming van slachtoffers hier een centrale doelstelling is geworden, maar ook aldus, dat schadeveroorzakers op hun beurt ook door verzekeringen beschermd moeten worden tegen te grote individuele belasting’.

208. Langemeijer, *Gerechtigheid*, blz. 32.

209. Vgl. noot 204.

210. Fleming, *Torts*, blz. 7/8. Niet opzienbarend maar wel interessant is de expliciete conclusie die hieruit getrokken kan worden. Zowel in de 19e als in de 20e eeuw wordt onderkend dat de vooruitgang gebaat is bij de activiteiten van de schadeveroorzakers en wordt ‘the progress of society’ beschouwd als een groot goed dat meeweegt bij het opstellen van privaatrechtelijke regels. Maar terwijl in de vorige eeuw, in naam van de vooruitgang, de vrijheid van de individuele brokkenmaker – via de schuldeis – een zeer belangrijke factor was bij de vaststelling in hoeverre het vermogen van het individuele slachtoffer bescherming toekwam, is – als gevolg van de collectivisering van de maatschappij, vgl. noot 63 en bijbehorende tekst – in de loop van deze eeuw het accent niet alleen verschoven van individuen naar groepen, maar wordt tevens – ook als gevolg van die collectivisering? – de prijs van de vooruitgang, waar uiteindelijk allen van profiteren, in het algemeen gesproken – via de risico-aansprakelijkheid – op de schouders van de laedentes gelegd. De vermogensbe-

In de vorige eeuw vloeide schuldaansprakelijkheid voort uit een in het tijdsge-
wricht passend *beleid*.

'Liability for faultless causation *was feared to impede progress* because it gave the individual no opportunity for avoiding liability to be careful and thus confronted him with the dilemma of either giving up his projected activity or shouldering the cost of any resulting injury'.²¹¹

Heden ten dage wordt 'the progress of society' niet meer gestuurd door individuen die kunnen kiezen of ze wel of niet tot gevaarlijke activiteiten wensen over te gaan en kan schade niet meer worden vermeden 'by being careful'. 'The progress of society' brengt schade mee als onvermijdelijk nevenprodukt en schuld is onder die omstandigheden, in het algemeen gesproken, een volstrekt niet meer ter zake doend gegeven geworden. Is dit geheel aanvaardbaar in een visie op de onrechtmatige daad zoals die wordt geformuleerd door Winfield:

'Since the law of tort is a system of establishing liability it is obvious that it could never have compensated all victims of misfortune. At the very least there must be some causal link between an activity of the defendant and the injury to the plaintiff. There is, however, no logically compelling reason why the law should have chosen fault²¹² as the determinant of this liability'²¹³,

moeilijker te accepteren valt dit daarentegen wanneer de onrechtmatige daad geacht wordt op schuld *gebouwd* te zijn. De noodzaak zal dan aanwezig zijn om met handhaving van het fundament de gewenste vernieuwingen aan te brengen. Zo is in Nederland herhaaldelijk vastgesteld, meldt Hoekema, dat het schuldbe-
grip

→ scherming heeft gewicht gewonnen; de vrijheid van het individu is ook hier, vlg. het overeenkomstenrecht, in afnemende mate van belang. Het is hiernaast een hoogst merkwaardig fenomeen – of juist niet? – dat precies in deze tijd van 'socialisatie' van het privaatrecht, het individu zich *tegenover de overheid* niet sterk genoeg lijkt te kunnen maken wat bepaalde individuele vrijheden (recht op privacy, vrijheid van meningsuiting en dergelijke meer) betreft.

211. Fleming, Torts, blz. 7.

212. Onder fault wordt verstaan 'A mental element frequently required as a condition of tortious or delictual liability, corresponding to Roman law culpa. It is essentially a moral concept, importing that the defendant is liable because he could have and should have avoided or prevented the conduct causing harm', The Oxford Companion to Law, 1980. Het is dus gerechtvaardigd het Nederlandse begrip schuld met het Engelse element fault te vergelijken. Voor de volledigheid geef ik ook het vervolg van de omschrijving zoals de geciteerde dictionnaire die geeft van Fault: 'but as the law has developed is increasingly imputed by legal rules, as in cases of vicarious liability, or cases of statutory liability, where the fault is technically only. Liability without fault is urged by reformers who point to the difficulty faced by a plaintiff in many cases establishing fault'.

213. Winfield on Torts, blz. 26. Winfield laat het niet bij deze vaststelling, hij zet breed uiteen waarom dat zo is. Vgl. ook Tunc, Introduction nr. 12: 'Fault should not (. . .) be regarded as a necessary element of liability. From a psychological point of view, however, the traditional view of liability based on fault still carries great weight in the minds of many jurists'. Deze laatste opmerking verdient aandacht. Vgl. de opmerking van Ehrenzweig, noot 223 hieronder.

‘een constructie is die achteraf wordt gehanteerd om een resultaat te rechtvaardigen dat om andere redenen gewenst wordt gevonden’.²¹⁴

Deze schuldconstructie verbergt *een beleidsmatige benadering van de gevolgen van bepaalde activiteiten*, waarbij met name risico-verdeling over bepaalde maatschappelijke groepen als beleidslijn naar voren komt.²¹⁵ Maar niet alleen ‘schuld’ wordt omgebogen tot een werkbaar instrument. Ook de bewijslastverdeling en de eisen aan het beleid te stellen, worden gebruikt voor tersluikse invoering van algemene noties met betrekking tot risico-verdeling over maatschappelijke groepen, stelt Hoekema. In vervolg op bovenstaand citaat omtrent schuld louter als constructie omwille van het gewenste resultaat, merkt hij nog op:

‘Hetzelfde geldt voor de bekende kwestie van de causale ketens tussen daad, eventueel tussenliggende gebeurtenissen en gevolg. Aangezien ook causaliteit een normatief begrip is, is ook daarin ruimte te vinden om het logische monstrem te hanteren dat op grond van de wens om tot een bepaalde aansprakelijkheidsstelling te komen, het passende antwoord op de causaliteitsvraag erbij geconstrueerd wordt. (. . .) Het resultaat is er eerst, de elementen van 1401 worden er dan ten dele bij geconstrueerd’.²¹⁶

Vanwaar al deze omwegen? Naar mijn overtuiging is daaraan in de eerste plaats debet de ondeugdelijkheid van de premisse die aansprakelijkheid fundeert in de ‘tweede fase’ (zie hierboven). Dit, op zijn beurt, zou het gevolg kunnen zijn van de in de theorie gebruikelijke maar, naar mij voorkomt, onzuivere koppeling tussen *de onrechtmatige daad en het adagium dat ieder in beginsel zijn eigen schade draagt*. Met dat beginsel botst een opvatting die de grondslag van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in de onevenheid, in de aantasting van het vermogen, zoekt. Wanneer ‘ieder in beginsel zijn eigen schade draagt’, kan schade in het vermogen als zodanig geen grondslag voor aansprakelijkheid zijn. De vraag is of deze stelling houdbaar is. Op grond van bestudering van het recht van de onrechtmatige daad lijkt de opvatting verdedigbaar dat er *twee* beginselen zijn, die elkaar aanvullen. Het eerste luidt dat ieder zijn eigen schade draagt. Het tweede dat de schade *die door een ander dan de rechthebbende is te weeggebracht*, in beginsel door die ander²¹⁷ gedragen wordt, namelijk tenzij er

214. NJB 1980, blz. 984. Hij verwijst naar Wachter, RM Themis, blz. 227 e.v. voor wat betreft verkeersongevallen; naar Schut met betrekking tot Produktaansprakelijkheid, Zwolle 1974 en, ‘in het algemeen’, WPNR 5045 (1969) blz. 269/273. Tevens wordt opgemerkt dat dit ‘verschijnsel van sluipende overgang naar risico-aansprakelijkheid’ wijd verbreid is en ook in het buitenland wordt signaleerd.

215. Hoekema, NJB 1980, blz. 977 e.v.

216. Blz. 984.

217. Of iemand die voor hem verantwoordelijk is. Met betrekking tot deze toevoeging vraagt men zich af: Hoe lang nog? Zie de studie van Jean-Pierre Le Gall, Liability for Persons Under Supervision, International Encyclopedia of Comparative Law XI 3 en met name onder nr. 115, General Conclusions. Hier wordt geconstateerd dat tegen de achtergrond van de ontwikkeling van het onrechtmatige daadsrecht aansprakelijkheid voor anderen steeds minder vanzelfsprekend is. ‘It would seem that a time must come when a proper system of collective insurance will replace the indi-

aan de zijde van die ander een goede grond aanwezig is om de door hem veroorzaakte schade *niet* voor rekening van de veroorzaker te brengen.²¹⁸ Deze tegen-

→
vidual insurance, a development which fits in with the dual current flowing through our present society and which sometimes seems contradictory: the break-up of traditional bonds which makes it less and less logic to admit or understand the rights and duties of supervisors and the socialisation of relationships which calls for the collective assumption of liability to compensate under a form of insurance'. Ook hier wordt dus een tendens tot socialisering signaleerd. Zie in de zelfde Encyclopedia, XI 4, Gyula Eörsi, Private and Governmental Liability for the Torts of Employees and Organs, met name de zeer interessante conclusies onder nr. 321.

218. Het criterium zit dan in beginsel in de causaliteit. Wat moet onder 'veroorzaking' worden verstaan? Vgl. voor een dergelijke opvatting het citaat van Winfield bij noot 213. De ontwikkeling in de Nederlandse rechtspraak onder de noemer 'toerekening naar redelijkheid' (TNR), ligt geheel in deze sfeer. Zie hierover de opmerkingen van Van Dunné, Verbintenissenrecht 1986 blz. 37 e.v.

Nu causaliteit TNR is geworden, kunnen ook de bezwaren vervallen die rond de eeuwwisseling werden ingebracht tegen de causaliteitsleer van Binding (vgl. Paul Scholten, diss. blz. 90, en Bruins, diss. blz. 144/145) die, onder meer, inhielden dat in deze opvatting ook, bij voorbeeld, gevallen van eerlijke concurrentie tot schadevergoeding zouden leiden. Voorts moet worden opgemerkt dat ook het onrechtmatigheidscriterium aan forse uitholling, zo niet uit-tering, onderhevig lijkt wanneer 'algemeen menselijke feilbaarheid' voldoende is voor aansprakelijkheid. Relativering van de in theorie nog steeds vereiste 'onrechtmatigheid' is overigens op meerdere gronden mogelijk. Ten eerste is daar het feit dat in art. 1401 BW als de vertaling van 1382 Cc (dat slechts spreekt van 'tout fait quelconque'), de onrechtmatigheidseis in feite op aandrang van één persoon op betwistbare gronden is ingevoegd, vgl. Van Goudoever, Gedenkboek BW blz. 471 e.v. Daarnaast is van steeds meer 'onrechtmatige daden' niet meer vol te houden dat ze hoegenaamd nog iets met onrechtmatigheid te maken hebben, vgl. NBW afd. 6.3. Het lijkt verdedigbaar dat toerekening, materieel gezien, ook het enige criterium is bij vaststelling van aansprakelijkheid op grond van 6:162 NBW. Lid 1 zegt: 'Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden *toegerekend*, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden' (curs. toegevoegd). Lid 3 luidt dan aldus: 'Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt'. Een meer open omschrijving van toerekenbaarheid is niet denkbaar. Men kan nu nog wel heel terughoudend doen over gevallen die volgens de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de pleger van een onrechtmatige daad komen, vgl. Parl. Gesch. Boek 6 blz. 619, de rechter heeft zich reeds lange tijd vrij gevoeld de ontwikkelingen in het verkeer te laten prevaleren boven de letter van de wetgever. In feite zijn dus zowel 'onrechtmatigheid' gezien als maatschappelijke onzorgvuldigheid, en 'toerekenbaarheid' gezien als wat volgens verkeersopvattingen voor iemands rekening komt, open normen die naar behoefte kunnen worden ingevuld. Vgl. overigens voor het hierboven verdedigde uitgangspunt dat schade, door een ander dan de rechthebbende teweeggebracht, in beginsel voor rekening van de veroorzaker komt, Simoens, Vergoeding voor verkeersslachtoffers, Antwerpen - Amsterdam 1979 blz. 28 die ik citeer: 'Nu leren sociologen dat in elke beschaving een verlangen heeft bestaan om minstens in sommige gevallen afbreuk te doen aan de stoffelijke wetmatigheid dat de verliezen definitief gedragen moeten worden door degene die ze leed (...) en dat elke beschaving voor die uitzondering een grond heeft gezocht. Het aansprakelijkheidsrecht heeft aan antwoord geboden door de schade te laten dragen door degene die haar veroorzaakt heeft'. En, zeer zuiver, blz. 28 i.f.: 'In de verliesverschuiving langs het criterium van de veroorzaking ligt de essentie van de aansprakelijkheid besloten, terwijl de interpretatie van de geleverde causaliteitsband van haar kant een tijdsgebonden aangelegenheid is: alleen dan zal iemand verdiensten beladen te worden met een schadelast die eerst op een ander heeft gedrukt, indien hij deze heeft veroorzaakt door zich te gedragen op een door het recht te bepalen wijze (door een fout te begaan, een risico te scheppen. . .)'.
→

Voor de goede orde moet worden opgemerkt dat Simoens, die hierboven met zoveel instemming is geciteerd, in het vervolg van zijn betoog een andere weg in slaat. Het hier bestreden beginsel dat ieder zijn eigen schade draagt, wordt door hem onderschreven, en ondanks zijn zuivere beginstel-
ling merkt hij schuld enzovoort als *grondslagen* aan.

draadse opvatting vraagt een nadere verklaring, die kan aanvangen met een citaat uit Asser-Rutten-Hartkamp:

‘In beginsel moet ieder de door hem zelf geleden schade dragen. Niet alleen wanneer iemand met opzet of door onhandigheid of onachtzaamheid zichzelf schade berokkent moet hij deze zelf dragen, maar in het algemeen ook wanneer dit door toeval is geschied. Men denke aan misoogst door droogte, inslag van de bliksem, schade door hagelslag of overstroming’.²¹⁹

Deze regel is – in beginsel; want de uitzonderingen op de regel zijn groeiend in aantal²²⁰ – in overeenstemming met wat geconstateerd kan worden. Tegenslagen, ongevallen, rampen, die kunnen worden gekarakteriseerd als een ‘act of God’, zijn in beginsel voor rekening van de getroffene. Maar vloeit hieruit logisch dwingend voort dat schade die het gevolg is van een ‘act of man’, als uitzondering op de regel gekwalificeerd moet worden? Gaat het niet om twee grootheden die onderscheiden behoren te worden en die ieder aan een eigen regeling onderworpen kunnen zijn?²²¹ Asser-Rutten-Hartkamp stelt:

→ De omschrijving van Bruins, die inhoudt dat de handeling op een tegen de verkeersopvatting ingaande wijze gepleegd moet zijn, diss. blz. 161, is uiteindelijk de meest adequate.
219. III nr. 12.

220. Zie NJB 1980 voor een artikelserie over juist dit onderwerp: ‘Zelf dragen van schade: regel of uitzondering?’, van de hand van Bloembergen, De Groot, De Leede, Peeters, Tak, Stein, Mackaay en Hoekema. De Inleiding van Verburgh, blz. 173, laat zien dat ook hier voorop stond de gedachte dat de schadevergoeding in geval van onrechtmatige daad een uitzondering vormt op het beginsel dat ieder in beginsel zijn eigen schade draagt. Ook hier wordt schade als gevolg van ‘acts of God’ niet principieel onderscheiden van schade teweeggebracht door anderen dan de rechthebbende. Het gevolg hiervan is dat de vraag of dit beginsel wellicht niet meer valt vol te houden of zelfs in zijn tegendeel is verkeerd, door Stein ontkennend kan worden beantwoord ‘om de eenvoudige reden dat in de overgrote meerderheid der gevallen (bedoeld zijn, door hem vermelde tegenvallers en nadelen als gevolg van acts of God, BNI) niet een bepaald persoon of instelling valt aan te wijzen, die de gedupeerde voor die schade verantwoordelijk kan stellen’, t.a.p. blz. 719 l.k. De onbruikbaarheid van het beginsel voor het privaatrecht, had niet beter onder woorden gebracht kunnen worden. De bijdrage van Stein, blz. 707 e.v., is toegespitst op schade als gevolg van onrechtmatige daad. Stein gaat er van uit dat ook schade door een ander teweeggebracht, in beginsel voor rekening van de getroffene komt en slechts in geval van schuld door de veroorzaker gedragen wordt. Asser-Rutten-Hartkamp, III nr. 15, verwijst naar Stein ter ondersteuning van het geponeerde beginsel dat elk zijn eigen schade draagt. Stein’s conclusies in dit opzicht komen echter weinig bruikbaar voor aangezien hij deze doet volgen uit het door hem geconstateerde feit dat ‘schuld’ voor schadevergoeding onder oud en onder nieuw recht doorslaggevend is voor aansprakelijkheid terwijl hij nalaat te vermelden wat onder schuld verstaan moet worden. Schuld staat in het huidige recht voor veroorzaken, teweegbrengen. Dit zo zijnde, valt er met het schuldvereiste niet te bewijzen dat aansprakelijkheid voor schade een uitzondering is op de regel dat ieder zijn eigen schade draagt, ook als die door een ander is veroorzaakt. Ook de constatering van Verburgh, t.a.p., dat schadevergoeding uit onrechtmatige daad op diverse wijzen is uitgebreid, houdt niet in dat de schade die wel wordt vergoed dus als uitzondering op een hoofdregel moet worden gezien.

221. Vgl. Bruins, diss. blz. 162: ‘(wij) moeten (. . .) beginnen met eene zuivere probleemstelling, door afscheid te nemen van het oude, uit historische gronden te verklaren uitgangspunt, dat als grondbeginsel alle schade gedragen wordt door den direct getroffen persoon, tenzij hij in speciaal geënumereerde gevallen de vereischte gegevens bewijzen kan, tengevolge waarvan hij de schade op anderen mag verhalen, hij recht heeft op schadevergoeding’. De theorie van Bruins, die alle subjectieve momenten in de schadevergoedingsactie wil laten vallen en deze wil omvormen tot

‘Op het rechtsbeginsel, dat ieder de door hem zelf geleden schade moet dragen, heeft de wetgever een groot aantal uitzonderingen gemaakt. Vele wetsbepalingen stellen een bepaald persoon aansprakelijk voor de door een ander geleden schade. Een van de belangrijkste van deze bepalingen is art. 6.3.1.1, dat *de pleger van een onrechtmatige daad* verplicht de daardoor *aan een ander toegebrachte schade* te vergoeden.’²²²

De cursivering (toegevoegd) wijst naar de kern. Ligt het niet voor de hand dat schade als gevolg van droogte, inslag van bliksem, hagelslag, overstroming, in een privaatrecht dat de relaties tussen burgers regelt, een andere benadering ten deel valt dan schade aan goederen veroorzaakt door een ander dan de rechthebbende? Is er in die, steeds frequenter voorkomende, gevallen waarin tegenslagen, ongevallen en rampen niet voor rekening van de getroffene blijven maar worden opgevangen door sociale verzekeringen, subsidies en dergelijke meer, sprake van schadevergoeding in privaatrechtelijke zin? Is het zo gezien niet onzuiver om elk handboek over de onrechtmatige daad te laten aanvangen met de mededeling dat ieder in beginsel zijn eigen schade draagt? De schadevergoeding op grond van art. 1401 BW, titel 6.3 NBW, kan dan immers al niet anders meer gekwalificeerd worden dan als een uitzondering op dit beginsel. Deze uitzondering vraagt dan om een fundering, maar die fundering begint een stap te laat en dus op het verkeerde been, met als gevolg dat men in de theorie hoe langer hoe meer verstrikt raakt: zie de constatering van Hoekema hierboven.

Kan het beginsel ‘ieder draagt . . .’ als een rem worden beschouwd bij het doorstoten naar het fundament van de onrechtmatige daad, dit neemt niet weg dat er ook steeds andersluidende opvattingen over schuld zijn geweest, die echter niet (voldoende) zijn gehoord. In 1865 schreef Belinfante dat voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad nodig was: daad, schade en schuld *in de zin van rechtelijke toerekenbaarheid*. Hij wordt met instemming geciteerd door Van Oven. Deze laatste betoogt na rechtshistorisch onderzoek:

‘Van af drie eeuwen vóór het begin onzer jaartelling tot aan den aanvang der 19e eeuw worden voor de verplichting tot vergoeding van schade door onrechtmatige gedraging toegebracht, slechts drie zaken vereischt, en wel juist de drie die door deze omschrijving logisch worden gesteld: (1e) schade, (2e) veroorzaakt door, (3e) onrecht’.²²³

→ een zuivere objectieve vermogensactie, blz. 176, mondt uit in de stelling dat iedere gedraging – onafhankelijk of de schadetoebrengende persoon toerekeningsvatbaar is of niet – welke geschiedt op een wijze die men in een goed verkeer niet behoeft te verwachten, recht geeft op vergoeding der daaruit voortvloeiende schade, blz. 179. Het rechtsvergelijkende boek van Bruins wordt nog nauwelijks genoemd en dan voornamelijk in kritische zin, i.t.t. de diss. van Paul Scholten, waarnaar nog regelmatig verwezen wordt. Het boek van Bruins verdient beter, het is in hoofdlijnen nog steeds actueel. Over de leer van Paul Scholten merkt Bruins op: ‘Zij treft het wezen der aansprakelijkheid niet, is enkel een verdeling naar uitwendige momenten en laat het “waarom” in onverzwakte mate bestaan’, blz. 139/140. Voor alle duidelijkheid: Bruins’ theorie verschilt van wat hier boven wordt verdedigd. Hij vindt de rechtsgrond van de schadevergoeding in risicoverhoging en verwerpt uitdrukkelijk de door mij primair geachte vermogensbescherming, blz. 163.

222. Nr. 17.

223. WPNR 3278 (1932) blz. 482/483. Van Oven brengt de toevoeging van de schuld aan dit concept terug tot typisch 19e eeuws legisme. Interessant is echter de opvatting van Ehrenzweig over ‘guilt’,

De vraag is dan, wat onder 'onrecht' moet worden verstaan. Was dit in de vorige eeuw nog uitsluitend wat 'onwettig', vanaf 1919 werd onder onrechtmatig verstaan wat 'onzorgvuldig' was. In het laatste kwartaal van deze eeuw kan worden vastgesteld dat ook dit begrip weer te beperkt is gebleken nu het in de meeste gevallen van buitencontractuele aansprakelijkheid ex art. 1401 e.v. BW (een term die de werkelijkheid inmiddels adequater weergeeft dan de omschrijving onrechtmatige daad) gaat om 'statistically inevitable errors'.²²⁴ 'The question is simply', zo betoogt Fleming,

'who is to pay for them, the hapless victim who may be unable to pin conventional fault on any particular individual, or those who benefit from the accident-producing activity?'²²⁵

Deze vraag kan nog worden verbreed. Wie betaalt, het slachtoffer, degene die van de accident-producing activity voordeel trekt, of: de gemeenschap. Zeker met betrekking tot persoonsgebonden schade is deze vraag al een retorische te noemen. Niemand blijft hier met zijn schade zitten, stelt Hoekema categorisch.²²⁶ De gemeenschap komt er (grotendeels) voor op. Naar aanleiding hiervan kan geconstateerd worden dat op het terrein van de onrechtmatige daad in sterker mate dan op andere onderdelen van het privaatrecht, sprake is van een reductie, van een overheveling naar 'gesocialiseerd' recht. De inkrimping van het privaatrecht in zijn totaliteit heeft zich wel markant voltrokken op het terrein van het overeenkomstenrecht²²⁷, maar heeft zich daartoe niet beperkt. Ook de onrechtmatige daad heeft in privaatrechtelijke zin aanzienlijk terrein verloren. Hoekema constateert met betrekking tot persoonsgebonden schade (door hem omschreven als dood en letsel als gevolg van ongevallen in het autoverkeer, bij de arbeid, door produkten en dergelijke meer) dat deze in de westerse landen wordt beheerst door sociale verzekeringen. In een uitgebreid verslag van door hem verricht empirisch onderzoek stelt hij vast, dat het civiele aansprakelijkheidsrecht in geval van persoonsgebonden schade nog slechts een marginale betekenis heeft:

'slechts vijftien percent van alle vergoeding hooguit, vloeit voort uit civiele aansprakelijkheidsbron'.²²⁸

Zoals het arbeidsrecht, het huurrecht en zo voort, door 'socialisatie' van het

→ niet als element van de onrechtmatige daad maar als psychologische notie. Daarop is, naar hij opmerkt, de privaatrechtelijke aansprakelijkheid, impliciet of expliciet, altijd gebaseerd geweest: 'Primitive man was not even willing to accept Nature's innocence. A God had willed the lightning that set fire to the house. . .', *Jurisprudence*, blz. 244. Vgl. in dit verband de opmerking van Tunc, geciteerd in noot 213 hierboven.

224. Vgl. noot 204.

225. Fleming, *Torts*, blz. 8.

226. *NJB* 1980, blz. 979, 981, 987.

227. Vgl. noot 64 en bijbehorende tekst hierboven.

228. Blz. 982, alwaar meer cijfers.

overeenkomstenrecht in strikte zin zijn afgebogen, zo is een gedeelte van het onrechtmatige daadsrecht eveneens 'gesocialiseerd'²²⁹, en, anders nog dan de bedoelde gedeelten van het overeenkomstenrecht, letterlijk aan het privaatrecht onttrokken. De oude onrechtmatige daad is vervangen door een nieuw aansprakelijkheidssysteem. Hoekema stelt als conclusie van zijn onderzoek

'dat er op een weinig stelselmatige wijze een nieuw "stelsel" van vergoeding en omslag c.q. verhaal van schade is opgekomen, in elk geval voor schade ten gevolge van dood en letsel en voor delen van het gebied der zaakschade. Kenmerkend voor dit andere stelsel is o.a.: schadevergoeding is de regel en wordt omgeslagen over en gedragen door (een groot deel van) de gemeenschap; de schadevergoeding wordt toegekend los van de vraag van de beoordeling van het gedrag van een eventuele veroorzaker; het eventuele verhaal van een risicodragers heeft niet (meer) de sociale functie, aan een dader in persoon diens verantwoordelijkheid voor het ontstaan van schade te doen gevoelen'.²³⁰

Het recht is op vele onderdelen uit de private sfeer losgemaakt en publiekrechtelijk van aard geworden. Regeling van schade, door de ene burger veroorzaakt aan de andere, is in de overgrote meerderheid van de gevallen niet langer meer een kwestie van de burgers onderling, en is daarmee niet meer een kwestie van *verplaatsing*, maar van *spreiding* van schade, dat wil zeggen niet een individu doch een collectiviteit draagt de schade. Dit op zichzelf behoeft niet in te houden dat het private karakter wordt losgelaten. Groepen burgers kunnen als collectiviteit (autobezitters, ouders van jonge kinderen) hun aansprakelijkheden voor veroorzaakte schades door al dan niet verplichte verzekeringen spreiden, waardoor het persoonlijk instaan voor schade verdwijnt doch het private uitgangspunt behouden blijft. Wanneer echter sociale verzekeringen 'het terrein beheersen', en in voorkomende gevallen verhaal van de sociale verzekeraar op de W.A. verzekeraar van de laedens achterwege blijft, 'verdwijnt het civiele systeem uit het zicht'.²³¹ Grote brokken van wat het klassieke onrechtmatige daadsrecht was, zijn op deze wijze van het privaatrecht afgebroken en van commutatief op distributief plan gebracht.²³² Wanneer deze tendens zich doorzet

229. Zie voor een boeiende uiteenzetting De Groot, NJB 1980, blz. 275 onder 7.

230. Blz. 977.

231. Voor al deze gegevens, soms letterlijk, Hoekema blz. 979 onder 2.

232. De onderscheiding gaat terug op Aristoteles, zie (in Duitse vertaling) Nikomachische Ethik, Hamburg 1972, boek 5, hoofdstuk 5. De iustitia commutativa, 'die ausgleichende Gerechtigkeit', 'bewirkt dass jedes Glied der Gesellschaft dem Andern das Seinige nach Gleichheit gibt', aldus Cathrein, Recht, Naturrecht, blz. 53. De iustitia distributiva, 'die ausgleichende Gerechtigkeit', ordent, aldus nogmaals Cathrein, 'die Beziehung der Gesamtheit zu den einzelnen Gliedern und bewirkt, dass die Gesamtheit bzw. ihr Vertreter die öffentlichen Lasten nach dem Verhältnis der Kräfte und die öffentlichen Güter nach dem Verhältnis der Würdigkeit und des Verdienstes aussteilt'. Cathrein, vgl. noot 151, laat de commutatieve gerechtigheid samenvallen met het privaatrecht en noemt het publiekrecht het terrein van de distributieve gerechtigheid. Zie ook Van Apeldoorn's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Recht, Tjeenk Willink 1985 onder nr. 12.

Met betrekking tot de onrechtmatige daad nu, wordt algemeen gesproken van een beweging van 'the familiar function of commutative to that of distributive justice', Fleming, Torts, blz. 11. Zie bij voorbeeld Hoekema, blz. 991 alwaar ook vindplaatsen. Opvallend is dat commutatief en distributief niet altijd meer gebezigd lijken te worden in de zin van privaatrecht enerzijds, publiekrecht ander-

– en de algemene roep om hervormingen is allerm minst verstomd na wat al is omgevormd, integendeel²³³ – zou de onrechtmatige daad wel eens, als een rijpende vrucht, op weg kunnen zijn zich geheel van de tak van het privaatrecht los te maken. Dat dit niet overwegend negatief beoordeeld behoeft te worden, mag wellicht worden afgeleid uit de mate waarin de tegenkanten van de huidige nog zuiver civielrechtelijk gebleven regelingen in vele talen onder de aandacht worden gebracht.²³⁴

Deze aantekeningen in de kantlijn van de onrechtmatige daad leiden tot het volgende. Naar twee kanten geven de ontwikkelingen aan dat 'vermogensherstel' ook van de verbintenis uit onrechtmatige daad het hart uitmaakt. Dat grote delen van het schadevergoedingsrecht 'gesocialiseerd' zijn, is logischerwijs een gevolg daarvan: alleen de overweging dat schade verevend behoort te worden, kan daaraan ten grondslag liggen. Schuld, rechtelijke verantwoordelijkheid, in feite ook risico-overwegingen, spelen geen rol meer. Daarbij moet op één facet de aandacht worden gevestigd. Wordt bij de 'civiele onrechtmatige daad' het principe gehuldigd dat schade volledig behoort te worden vergoed, bij de 'gesocialiseerde onrechtmatige daad' is dit principe losgelaten en wordt er vergoed 'naar behoeftigheid'.²³⁵ Wanneer de veroorzaker op de achtergrond raakt en 'allen' de schade betalen, is deze sociaal-politieke keuze – die aan het beginsel van vermogensherstel niet afdoet, zij het dat deze op een ander plan is gebracht – niet werkelijk opzienbarend.

Ook ontwikkelingen binnen het civiele aansprakelijkheidsrecht zelf leggen

zijds. Met name Englard 1980, situeert beide functies *binnen* het privaatrecht, waarbij de eerste – wat de onrechtmatige daad betreft – samenvalt met schuldaansprakelijkheid, de tweede met risico-aansprakelijkheid (al tekent hij daarbij aan dat deze 'relationship is not one of complete correspondence', blz. 27 noot 3). Hij zegt van de commutatieve gerechtigheid dat deze 'concentrates on the litigant parties, in order to restore or maintain a given equilibrium. Distributive justice, on the other hand, transcends the mutual relationship by linking it to the totality of society. The situation of the individual would be measured against the collectivity's resources and judged accordingly', blz. 27 noot 2. Deze vermelding van een samengaan van commutatieve en distributieve elementen binnen het van oorsprong zuiver commutatieve privaatrecht, vestigt eens te meer de aandacht op de 'Strukturwandlung' van een privaatrecht dat meer en meer publiekrechtelijke elementen in zich op neemt.

233. Tekenend Englard blz. 29: 'Case law is a faithful mirror of the unresolved problems which beset tort law. One can hardly blame the courts in their adherence to the traditional framework. It is probably beyond their functional boundaries to create a more harmonious system which might succeed in integrating the various aims and purposes of liability and compensation'. Op blz. 69 concludeert hij dat waarschijnlijk slechts met betrekking tot bepaalde typen van onrechtmatige daad, 'where the damaging activities are by definition very close to intentional acts, traditional tort law still has the potential of effectively achieving a variety of important goals'.

234. Een uit velen, Tunc Introduction nr. 165: 'the severe limits of the law of tort in its compensatory function should be recognized'. Hij merkt verder nog op dat 'the place of civil liability in compensating damages is a very small one when compared to the role of other institutions: private loss insurance and public health facilities, and it works at a cost which often makes it prohibitive or significantly reduces the compensation'. Zie ook Hoekema, blz. 982 sub a en sub b. Vgl. voor Engeland Fleming, Torts, blz. 11 e.v. Englard 1980, spreekt met betrekking tot het Amerikaanse recht over 'the deep crisis of traditional tort law, which is literally squeezed between shifting and conflicting social policies', blz. 30.

235. Hoekema blz. 977 e.v.

meer en meer de verevening als fundament van de onrechtmatige daad bloot, zoals daar zijn het steeds meer verwateren van het schuldbegrip; de groei van het aantal risico-aansprakelijkheden²³⁶; de opkomst van de toerekening naar redelijkheid als, materieel beoordeeld, het voornaamste criterium voor aansprakelijkheid. Niet 'schuld' of enig ander element blijkt uiteindelijk de aansprakelijkheid te dragen, maar 'schade' tout court.²³⁷ Dat deze stelling aanspraak op algemene geldigheid kan maken, mag worden geconcludeerd uit de vaststelling van Tunc:

'in most countries, most courts do their best to indemnify the injured parties, even when they have not been victims of a "fault". "Negligence without fault", (. . .) has perhaps been primarily an emotional reaction to misfortunes. It is hard to admit that a citizen may be left without support when he has been injured by the act or activity, even a non-faulty one, of another. The courts have currently tended to side with the pedestrians against the drivers, even when the pedestrians are victims of their own "faults". (. . .) This leaning toward the injured party is not a new phenomenon, arising out of the welfare state. Nor is it the act of the courts only. Vicarious liability, liabilities for damages caused by animals or by the fall of a building, also have the backing of a long tradition, may be found in codes, and largely result from the feeling that the victim of a loss ought to receive compensation'.²³⁸

Tunc stelt onomwonden dat de twee 'basic functions' van het recht betreffende de onrechtmatige daad zijn gelegen in 'compensation and deterrence'.²³⁹ De stelling dat het verbintenissenrecht in dienst staat van de goederenruil en de goederenbescherming, wordt aldus ook door bestudering van de westerse stelsels betreffende de onrechtmatige daad, zoals onder meer uitgevoerd door Tunc, ondersteund.

13. De plaats van de *vordering uit ongerechtvaardigde verrijking* is – in een systeem dat als functie heeft vermogensverschuivingen op vrijwillige basis mogelijk te maken en dat alles wat daarbuitenom aan vermogensverschuivingen plaatsgrijpt in beginsel als ongerechtvaardigde verrijking afwijst – in feite heel eenvoudig aan te geven. Haar functie kan geen andere zijn dan die van een 'restactie'. Het gaat hier om de verhouding tussen een *beginsel* dat, zoals Ripert het uitdrukt,

236. Waarbij bedacht moet worden dat, zoals Schut, WPNR 5045 (1969) blz. 271, terecht opmerkt, 'risico' een geheel leeg begrip is (of dit echter, zoals Schut stelt, slechts uitdrukt 'een niet-schuldig zijn', is een tweede).

237. Zie voor een zelfde opvatting Starck, diss.; Keeton, *Venturing to do Justice*, Cambridge Mass. 1969, met name blz. 155/156. Franklin, 53 Va.L.Rev. 774-814 (1967) pleit met betrekking tot letsel-schade voor afschaffing van de 'fault liability', door hem 'little more than an immoral lottery' genoemd, blz. 778. Hij vermeldt: 'Studies indicate that under the fault system today some twenty-five per cent of victims recover nothing. (. . .) one may suspect that most of these victims fail to recover because of failure to prove fault on the part of the defendant', blz. 779. Zijn slotsom is dat er gekomen moet worden tot een 'exclusive legal remedy' voor het slachtoffer, 'to come from a government-operated fund', blz. 812.

238. Introduction nr. 154.

239. Die ten nauwste samen hangen. Voorkomen is immers beter dan genezen.

'comme un fleuve souterrain (. . .) alimente des règles précises qui en révèlent l'existence'²⁴⁰,

en een *bepaling* waarin dit beginsel is teruggebracht tot de bijzondere regel dat hij die ongerechtvaardigd is verrijkt op kosten van een ander, aan deze ander zijn verrijking behoort af te staan. Deze bepaling kan, eenmaal – materieel gezien – als oerbron van alle verbintenissen uit de wet onderkend en aanvaard, als *wetsregel* niet anders zijn dan *sluitstuk*, dat primair²⁴¹, ten doel heeft die gevallen die nog niet in eigen categorieën zijn uitgekristalliseerd, van de hun in het recht toekomende plaats te verzekeren. Het recht heeft een dergelijke 'open plek' in het systeem nodig om zich te kunnen ontwikkelen. Langemeijer heeft de functie van de zelfstandige vordering uit ongerechtvaardigde verrijking van art. 6:212 NBW, dan ook heel precies verwoord toen hij deze omschreef als instrument van rechtsverfijning en vernieuwing.²⁴² Echter, een theorie zoals hier verdedigd, die het verbod van ongerechtvaardigde verrijking ziet als de uiteindelijke bron van elke verbintenis uit de wet – en in feite nog verder gaat door de ongerechtvaardigde verrijking aan te wijzen als de rechtsfiguur die, evenals de overeenkomst maar tevens als haar volwaardige evenknie, gezien moet worden als een uitvloeisel van de centraal in het vermogensrecht staande eigendom – heeft als merkwaardig gevolg, dat de ongerechtvaardigde verrijking zodra deze als zelfstandige vordering wordt erkend, uitsluitend en alleen vanwege het feit dát de vordering is toegestaan, niet meer als *schade-actie* kan worden beschouwd (zie hiervoor verderop). Een dergelijk perspectief wordt helaas door Langemeijer niet geopend.

Voorts gaat het evenmin om een *leemte-actie*, noch om een *billijkheidsvordering*. Van een leemte-actie zal men spreken wanneer men – zoals Biegman-Hartogh – aan de vaststelling dat het BW meer dan honderd wetsartikelen telt die als toepassingen van het verrijkingsbeginsel kunnen worden gezien, de vraag vastknoopt of de wetgever er hiermee in geslaagd is alle voorkomende gevallen van ongegronde verrijking te regelen ofwel nog leemtes heeft gelaten die met een algemene actie kunnen worden opgevuld.²⁴³ Hier wordt de wetgever

240. La Règle Morale, nr. 133.

241. Daarnaast kan aan een dergelijke regeling andere functies toekomen. Zo vermeldt de Parl. Gesch. Boek 6, blz. 834, dat 'een belangrijke functie van artikel 6.4.3.1 (is), dat aldus op één centrale plaats een regeling voorkomt van de onderhavige problematiek waarnaar op andere plaatsen kan worden verwezen, zodat niet telkens afzonderlijke bepalingen nodig zijn; men zie bijv. de verwijzing in art. 3.5.15 lid 2'. Aldus worden de vele regelingen in de wet die voortvloeien uit het beginsel dat niemand zich ongerechtvaardigd verrijken mag, gebundeld met betrekking tot de gevolgen.

242. Beekhuisbundel, blz. 156.

243. Diss. Op blz. 153 vindt men de volgende opmerking: 'Ik kan slechts vaststellen dat onze wetgever toch aan heel veel mogelijkheden heeft gedacht, behalve dan aan die van een algemene verrijkingsactie'. Voorts wordt gesteld, blz. 155, dat het 'aantal leemten in de wet en het aantal rechterlijke uitspraken waarbij het erkennen van een algemene actie tot een juiste en rechtvaardige beslissing, het niet erkennen ten onrechte tot een onbillijk resultaat leidt', nog te groot is om er zich bij neer te leggen, zodat de conclusie luidt, blz. 156: 'met het oog op niet te voorziene leemten in de wet is het juist, dat er een algemene verrijkingsactie (. . .) in het Nieuw Burgerlijk Wetboek wordt vastgelegd'. Zie echter de MvA op art. 6:212, Parl. Gesch. Boek 6 blz. 834, alwaar de betekenis van de vordering als leemte-actie wordt gerelativeerd zo niet ontkend: 'Het gaat noch om een bepaalde

over-, en de kracht van het beginsel onder-schat. Het verrijkingsbeginsel is niet 'een' beginsel, waarop de wetgever (al dan niet een en ander over het hoofd ziende) bewust gedeeltes van het vermogensrecht heeft gebouwd, het is 'het' beginsel, dat het gehele vermogensrecht draagt, of de wetgever zich daar nu wel dan niet bewust van was.

'La connaissance du Droit s'acquiert péniblement et lentement; maintes choses échappent au regard de la science, même lorsqu'elle est au comble de sa maturité . . . (. . .); les règles de Droit dont vous avez connaissance ne sont que des échappées de lumière isolées que le monde du droit réel projette dans votre entendement',

aldus Jhering. Goré, deze passage citerend in een betoog dat aan de ongerechtvaardigde verrijking is gewijd²⁴⁴, voegt hier aan toe:

'Le rôle de la science du Droit est de mettre en lumière les règles qui restent inconnues bien qu'existant à l'état latent'.

Het is pas in deze eeuw, dat het verrijkingsbeginsel – dat lang vóór Pomponius het formuleerde, reeds deel uitmaakte van het rechtsbewustzijn²⁴⁵ – eindelijk gevangen in de lichtbundel van de wetenschap, zijn vele facetten kan tonen. Maar tegelijkertijd is nu pas goed duidelijk hoezeer met het concept van de ongerechtvaardigde verrijking – als beginsel en als zelfstandige bron van verbintenis – overal werd en wordt geworsteld.²⁴⁶ Goré merkt op dat

'si depuis longtemps les auteurs ont connu son existence, le principe "Nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui", bien qu'il édicte une règle de haute moralité sociale, un précepte de droit naturel, a eu beaucoup de peine à se faire consacrer par le Droit comme une source générale et indépendante d'obligations'.²⁴⁷

→
mate van ongerechtvaardigdheid noch ook steeds om het opvullen van leemten in wetsbepalingen die soortgelijke gevallen regelen maar vooral om *een zorgvuldige inpassing in de in een bepaald geval in aanmerking komende rechtsregels* c.q. – zoals bij natrekking en vermenging – om de vaststelling van de werkelijke strekking daarvan' (curs. toegevoegd). Bregstein, die regelmatig de term leemte-actie hanteert, bedient zich in feite van een ongelukkige woordkeus. 'Zijn' actie is geen leemte-actie in de ware zin van het woord, doch een volwaardige bron van verbintenis naast de overige verbintenissen uit de wet, zoals blijkt op bijna iedere bladzijde van zijn dissertatie.

244. L'Enrichissement, blz. 3. De oorspronkelijke tekst van Jhering luidt als volgt: 'Mühsam und langsam schleicht auf dem Gebiete des Rechts die Erkenntnis, und auch bei hoher Reife der Wissenschaft entzieht sich manches ihrem Blicke. (. . .); die Rechtssätze, von denen ihr Kunde habt, sind nur vereinzelte Streiflichter, welche die Welt des tatsächlichen Rechts in euer Bewusst-sein wirft'. Geist des Römischen Rechts, 6e druk 1907, blz. 29/30.

245. Zie Goré, L'Enrichissement, blz. 5: 'Le principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui remonte à la plus haute antiquité. (. . .) La théorie (. . .) n'a pris corps sans doute à Rome qu'à l'époque des Veteres, de Quintus Mucius Scaevola. Mais l'idée sur laquelle elle repose est plus vieille. Elle s'est développée, en droit romain, sous des influences grecques. On la trouve exprimée par la philosophie grecque, notamment dans la morale à Nicomaque d'Aristote qui ne l'a d'ailleurs pas inventée. Derrière cette théorie, il y a le vieux dogme grec qui s'explique dans le mythe de Némésis: il faut que l'équilibre entre les hommes ne soit pas compromis'.

246. Zie Zweigert/Kötz II, par. 15 en 16 en de daar vermelde literatuur.

247. Blz. 6.

Hij somt enige van de redenen op, die daarvoor gegeven zijn. De regel is te weinig precies. Het is moeilijk er voldoende juridische inhoud aan te geven. Het gaat om een van de minst grijpbare concepties die het recht kent, die meer het gevoel dan het juridisch denken aanspreekt.

Dit vormt een beknopte en precieze samenvatting van het denken in de code-landen, zoals dit nog niet lang (wellicht zelfs: nog lang niet) overwonnen is. Deze weerstand tegen de ongerechtvaardigde verrijking als zelfstandige rechtsregel, is op zich ook niet onbegrijpelijk. De opvatting dat gevaar dreigt voor 'willekeur, verscheidenheid en ongelijkheid van recht', de vrees dat 'vele advocaten en rechters maar al te gemakkelijk naar zo'n algemene actie zullen grijpen met voorbijgaan van speciale wettelijke regelingen', de angst voor 'rechtsonzekerheid, rechtsongelijkheid, mogelijkheid van partijdigheid van de rechter'²⁴⁸, zijn kenmerkend voor die momenten waarop een rechtsregel nog 'péniblement et lentement' op weg is zich te openbaren. Hoe een dergelijke stemming ten opzichte van een bepaalde rechtsfiguur kan omslaan, doordat haar betekenis meer manifest wordt, kan in Nederland worden geconstateerd naar aanleiding van juist de algemene vordering uit ongerechtvaardigde verrijking. Vóór het proefschrift van Bregstein in 1927, was de afwijzing van de actie vrijwel algemeen. Toch werd reeds in het Ontwerp-Meijers de ongerechtvaardigde verrijking als bron van verbintenis aanvaard.²⁴⁹ De onbekendheid met het leerstuk — Biegman-Hartogh merkt op dat vóór Bregstein de ongegronde vermogensvermeerdering in de handboeken met een voetnoot werd afgedaan — nam af; Bregstein verhieft de 'ongegronde vermogensvermeerdering' tot een belangrijk vraagstuk en

'het is dan ook geen wonder, dat latere schrijvers en ook de lagere rechtspraak zich door zijn opvatting hebben laten beïnvloeden',

aldus nogmaals Biegman-Hartogh.²⁵⁰ Naarmate de plaats en de betekenis van de ongerechtvaardigde verrijking duidelijker worden, zal de term leemte-actie, die blijk geeft van een te beperkte visie op het vraagstuk, afnemen. Datzelfde zal gelden voor de gewoonte de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking te karakteriseren als billijkheidsactie, waarmee gezegd wil zijn dat deze vordering ten opzichte van andere vorderingen een specifiek karakter zou vertonen. De grond voor de vordering zou 'de billijkheid' zijn, als tegengesteld aan 'zuiver juridische gronden'.²⁵¹ Wordt de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking

248. Zie Biegman-Hartogh, diss. blz. 15, alwaar zij de argumenten van de tegenstanders van een algemene norm bespreekt.

249. Hier moet wel worden opgemerkt dat Meijers al in 1936, waarschijnlijk ook onder invloed van Bregstein, naar wiens diss. hij in zijn Toelichting op art. 6:212 veelvuldig verwijst, een voorstander was van de zelfstandige vordering uit ongerechtvaardigde verrijking; vlg. zijn noot onder HR 7 november 1935, NJ 1936, 239, waarin hij pleit voor een algemene baattrekkingsactie 'waarvan art. 1395 BW slechts één bijzondere toepassing is'.

250. Diss. blz. 13.

251. Zie bij voorbeeld Biegman-Hartogh, diss. blz. 33, die naar aanleiding van een vergelijking van Frans met Duits recht het volgende schrijft: 'in werkelijkheid is par. 812 BGB een wetsartikel als elk



gezien als hoofdbeginsel en tevens als sluitstuk van het gehele systeem van verbintenissen, dan moet de conclusie zijn dat zij billijkheidsactie is in dezelfde zin waarin die uit onrechtmatige daad en die uit overeenkomst als zodanig gekarakteriseerd kunnen worden: alle recht is uitvloeisel van de – in beginsel vage, ongedifferentieerde – billijkheid²⁵², aan welke vaagheid door het bouwen van een rechtssysteem ontsnapt kan worden.

Dat men in het geval van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking kennelijk nog niet onder een expliciete verwijzing naar de billijkheid uit kan, betekent slechts dat het hier gaat om een van die regels waarnaar men, omdat de wetenschap ze nog niet voldoende heeft kunnen inpassen, intuïtief grijpt om 'billijke' resultaten te bewerkstelligen. Zij heten 'billijk' bij gebrek aan beter, zo lang zij zich nog 'à l'état latent' bevinden.²⁵³ Het is echter niet langer nodig de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking met een beroep op de billijkheid te rechtvaardigen, wanneer haar plaats in het systeem van het verbintenissenrecht wordt geduid op de wijze waarvoor hier gepleit wordt. Het gaat om een vorderingsrecht dat als restactie met name een voorttrekkersfunctie heeft vanwege het feit dat het de onontkoombare ontoereikendheid van alle wettelijke bronnen van verbintenis te zamen, ondervangt. *Hier breekt het beginsel naar buiten*, dat alle verbintenissen uit de wet – en talloze andere wettelijke bepalingen – als onderstroom voedt.²⁵⁴ Wordt dit zo gezien, dan boet de actie aan vaagheid in, wat zij wint aan substantie.

Men hoeft inderdaad 'slechts', zoals de Hoge Raad met hoge graad van juistheid aangeeft²⁵⁵, de oplossing te aanvaarden die – met een kleine parafrase – in het stelsel van de wet past en aansluit bij de *overige* in de wet geregelde gevallen. Wordt eenmaal onderkend dat de wet niet bestaat uit een samenstel van willekeurige regelingen doch een hecht stelsel vormt vanuit de grondgedachte dat 'ieder het zijne' toekomt, dan is de regeling van de verrijkingsactie vanuit de ratio van het systeem bezien, een logisch sluitstuk dat niet meer en niet minder vaag is dan de overige regelingen en zich niet meer en niet minder dan andere regels voor misbruik en minder gelukkige toepassingen leent. Het NBW is op dit punt een gemiste kans: de vordering heeft niet gekregen wat haar toekomt omdat zij niet *als hart van het systeem* is behandeld. Hieruit vloeit onder meer voort dat bewust²⁵⁶ de keus werd gemaakt voor een actie tot schadevergoeding. Dit is een miskenning van het wezen zelf van de vordering. Hoe de verrijkings-

ander en op zuiver juridische gronden wordt de actie dan ook toe- of afgewezen'. Hieruit kan het onderscheid dat zij maakt tussen 'zuiver juridische' en billijkheidsvorderingen worden afgeleid.

252. Vgl. Zweigert/Kötz II blz. 295: zolang het niet lukt de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking 'in ihren Voraussetzungen zu omreissen (. . .), dient die Ableitung der Klage aus der Billigkeit gleichsam als Surrogat für die noch nicht in befriedigender Form entwickelten systematischen Strukturen'.

253. Zie noot 244 en bijbehorende tekst.

254. De hierboven in de tekst bij noot 240 geciteerde zinsnede van Ripert, staat in de volgende context: 'Alors on s'est contenté de dire que le principe est trop vague pour être proposé comme règle juridique. Comme un fleuve souterrain, il alimente des règles précises, qui en révèlent l'existence, mais il ne sort jamais au jour'. (curs. toegevoegd).

255. HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 (Quint/Te Poel).

256. Zie Parl. Gesch. Boek 6 blz. 832.

actie anders kan worden gezien, wordt weer door Bregstein getoond die deze vordering op allerzuiverste wijze aldus heeft getypeerd:

‘de verrijksactie is een uitvloeisel van het eigendomsrecht, m.a.w., naast de revindicatie die ons in staat stelt het *materieel object* van ons recht te achterhalen: een zakelijke actie, bezitten wij een actie om *de waarde van dat object* te achterhalen: een persoonlijke actie. Het eigendomsrecht is immers in de eerste plaats een recht op een bepaalde waarde: door erkenning van dit recht moet de rechtsorde noodwendig (...) naast de revindicatie een vorderingsrecht erkennen tegen hem die deze waarde geniet, zonder dat dit waarde-genieten in de rechtsbetrekking van partijen zijn grondslag vindt (het schenkings- of economisch doel), of door eenig ander grondbeginsel der rechtsorde of positieve wetbepaling wordt gesanctioneerd’.²⁵⁷

Deze stelling is van eminent belang. Zij ontkracht in feite de rechtvaardiging die de wetgever geeft met betrekking tot zijn keuze voor een schade-actie. Na een uiteenzetting aangaande de voorkeur voor de term ‘ongerechtvaardigde verrijking’ boven ‘ongegronde verrijking’ en ‘verrijking zonder rechtsgrond’, tekent deze namelijk het volgende aan:

‘Vooropgesteld moet worden dat het hier om iets anders gaat dan om het ontbreken van een rechtsgrond voor het verrichten van een prestatie als bedoeld in de afdeling 6.4.2. De moeilijkheid van de figuur van de ongerechtvaardigde verrijking is nu juist dat het daarbij veelal gaat om verschuivingen van vermogensbestanddelen van de een naar de ander op grond van een wetbepaling of stelsel van de wet, waaraan men niet de werking kan ontzeggen, maar waarin men wel aanleiding ziet om degene die daardoor verarmd is een vordering tegen de verrijkte te geven. Men kan dus moeilijk zeggen dat er voor de verrijking geen rechtsgrond was: het recht verbindt immers aan de feiten die daartoe aanleiding gaven het gevolg van een vermogensverschuiving. Maar wel kan men soms zeggen dat, zo er al een rechtsgrond voor de verschuiving was, in ieder geval de verrijking die daarvan het gevolg geweest is, niet gerechtvaardigd is. Dit geldt met name in die gevallen dat in het stelsel van de wet past dat deze correctie op een op de wet gegronde vermogensverschuiving wordt aangebracht. Het onderscheid dat hier wordt gemaakt tussen de vermogensverschuiving (vaak, zoals bij natrekking en vermenging, een zakenrechtelijke verschuiving) en de verrijking die met een (obligatoire) vordering weer opgeheven kan worden, komt in het stelsel van het ontwerp beter uit dan vaak het geval is in andere landen waar men de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking kent. In het ontwerp strekt deze vordering immers niet (primair) tot ongedaanmaking van de verschuiving zelf, voor zover deze mogelijk zou zijn, maar tot schade-vergoeding’.²⁵⁸

De wetgever meende slechts de keus te hebben tussen een ongedaanmakingsactie en een schade-actie. Er is echter sprake van een tertium, door Bregstein haarscherp op tafel gelegd:

‘evengoed als eigendom potentieel voorzien is van de revindicatie, is hij potentieel

²⁵⁷. Blz. 192.

²⁵⁸. Parl. Gesch. Boek 6, blz. 832/833.

voorzien van de verrijksingsactie (. . .). De verrijksingsactie is een middel van gelijke orde als de revindicatie, tot behoud van de waarde, die het eigendomsrecht vertegenwoordigt'.²⁵⁹

Om ongedaanmaking, zoals in geval van onverschuldigde betaling, waar een goed dat zonder rechtsgrond is *gegeven*, kan worden teruggevorderd, behoeft het in geval van ongerechtvaardigde verrijking niet te gaan.²⁶⁰ Maar evenmin is noodzaak dat er schade is. Schade-acties immers, beogen – zoals Zweigert/Kötz het uitdrukt – een 'Minus auszugleichen'; maar in geval van ongerechtvaardigde verrijking is de actie er op gericht een 'Plus zurückzuführen'.²⁶¹ Het is heel wel mogelijk dat iemand is 'verrijkt op kosten van een ander'²⁶², zonder dat die ander schade heeft.²⁶³ Belangrijker is echter dat de schade – zo die al aanwezig is – niet het wezen van de vordering uitmaakt. Wezenlijk is, dat er waarde wordt genoten zonder dat het systeem van het recht dit legitimeert. Het recht is echter niets anders dan een systeem van legitimatie-momenten. Het ontbreken van zo een moment, is op zich voldoende om verevening geboden te

259. Blz. 193. In gelijke zin ook Von Caemmerer, *Gesammelte Schriften* blz. 229: 'Auf die Güterzuordnende Funktion des Eigentums und sonstiger absoluter Rechte stützt sich das Urteil über die Unrechtmässigkeit der Bereicherung' (curs. toegevoegd). Deze benadering is loepzuiver. De gerechtigde tot de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking heeft recht op de waarde die het eigendomsrecht (ik wijs er nogmaals op dat eigendom hier steeds wordt gebruikt in de meest ruime zin van recht op goederen en diensten, vgl. Von Caemmerer), vertegenwoordigt. De geciteerde tekst staat weliswaar in een bespreking van slechts één van de categorieën die in Duitsland onder *Bereicherung* worden samengevat, de *Bereicherung aus fremdem Gut*, die gevallen betreft 'in denen fremdes Gut gebraucht, genützt, verbraucht oder verwertet wird', blz. 228, doch deze omvat de belangrijkste gevallen van ongerechtvaardigde verrijking, zoals Von Caemmerer stelt, terwijl tevens het beginsel dat de waarde van een goed tot nader order thuishoort bij de gerechtigde, en door hem kan worden opgeëist wanneer deze 'nadere order' ontbreekt, ook aan de andere categorieën van ongerechtvaardigde verrijking ten grondslag ligt.

260. Zoals in het geval van eigendomsverkrijging door natrekking, vermenging of zaaksvorming, vgl. Parl. Gesch. Boek 6 blz. 830: 'Wel kan ongerechtvaardigd verrijkt zijn hij die door verbinding, vermenging en zaaksvorming eigenaar is geworden van de zaak van een ander, omdat, zoals uit art. 5.2.14 blijkt, de bepalingen omtrent verbinding, vermenging en zaaksvorming slechts uitsluitel geven omtrent de eigendomsvraag. Indien een verrijking het gevolg is van een wettelijke regeling, hangt het derhalve van de strekking van die regeling af, of er voor een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking plaats is of niet'.

261. Zweigert/Kötz II, blz. 272.

262. Elders wordt slechts deze ene eis gesteld. Vgl. par. 812 I 1 BGB dat luidt: 'Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise *auf dessen Kosten* etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet'. De Amerikaanse Restatement of Restitution stelt in par. 1 dat 'a person who has been unjustly enriched *at the expense of another* is required to make restitution to the other'. Voor het Engelse recht geldt ditzelfde, zie Goff & Jones, *Restitution*, blz. 18 e.v. In Frankrijk geldt de regel dat de vordering kan worden toegewezen indien sprake is van '*enrichissement aux dépens d'autrui*', (curs. toegevoegd). Het feit dat in het Duitse en het Anglo-amerikaanse recht de verrijksingsactie een ruimer doel dient dan het keren van ongerechtvaardigde verrijking alleen – ook gevallen van onverschuldigde betaling zijn er bij voorbeeld onder begrepen – doet aan wat hier wordt gesteld niet af aangezien de actie uit ongerechtvaardigde verrijking in onze zin daaronder eveneens begrepen is.

263. Zoals bij voorbeeld wanneer een schuldenaar zijn niet-opeisbare schuld betaalt, zie Parl. Gesch. Boek 6 blz. 172 en Asser-Rutten-Hartkamp III nr. 359. Het voert wel wat ver om hier een geval van schade te construeren.

doen zijn. Wellicht te subtiel maar daarom niet minder terecht kan worden volgehouden dat de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking niet dient tot opheffing, maar *tot voorkoming* van schade. Gegeven de vordering, kan van schade geen sprake zijn.²⁶⁴ Het verschil met echte schade-acties – uit onrechtmatige daad, uit wanprestatie – springt in het oog. In die gevallen is er sprake van schade (geleden verlies of gederfde winst), de vraag is voor wiens rekening deze behoort te komen. In geval van ongerechtvaardigde verrijking echter, is er geen ‘hinreichenden Grund des Behaltens’.²⁶⁵ Wilburg denkt in deze zelfde termen. Hij merkt op:

‘Das Bereicherungsrecht schöpft aus den Vorteilen, die der Schuldner unberechtigt erlangt hat und nimmt ihm nur das weg, was nach den Grundsätzen der Güterverteilung einem Andern gebührt. Es stellt daher ein natürliches und befriedigendes Gleichgewicht zwischen den beiden Vermögen her. Der Schadenersatz dagegen kann nur ein eingetretenes Übel vom Geschädigten auf den Ersatzschuldner verschieben, der an jenes Stelle den Nachteil tragen muss. Der Schaden bleibt hier nach wie vor – nur in einem anderen Vermögen – vorhanden’.²⁶⁶

Elders stelt hij:

‘ungerechtfertigt darf man sich auch ohne Zufügung eines Schadens nicht bereichern. Bereicherungsansprüche setzen also, (. . .) einen Schaden des Berechtigten nicht voraus. Wann aber eine Bereicherung ungerechtfertigt sei, das ist die Frage’.²⁶⁷

Met name in de buitenlandse jurisprudentie zijn veel voorbeelden te vinden van gevallen waarin de eiser niet alleen geen schade heeft, maar zelfs ‘winst’. Zijn vordering moet worden toegewezen wanneer de verrijking aan de andere zijde ongerechtvaardigd is.²⁶⁸ In art. 6:212 wordt dan ook, ten onrechte, een dubbele eis gesteld nu lid 1 luidt:

264. Een eenvoudig voorbeeld ter verduidelijking. Als A een gevelsteen die toebehoort aan B in zijn woning inmeest, wordt hij eigenaar, doch hieruit vloeit allerminst dwingend voort dat de oorspronkelijke eigenaar schade lijdt. Zie het citaat uit de Parl. Gesch. in noot 260: de bepalingen omtrent verbinding, vermenging en zaaksvorming geven *slechts* uitsluitel omtrent de eigendoms-vraag. Wilburg, Bereicherung, blz. 29, heeft heel precies geformuleerd wat zich hier voordoet: ‘Wer meine Sache verarbeitet oder mit seinen Sachen verbindet, wird allerdings Eigentümer des Ganzen. Allein der Eigentumswechsel schützt ihn vor der Ersatzpflicht nicht. *Der Eigentumserwerb bedeutet noch keinen Erwerb des Vermögenswertes* und der seines Eigentums Beraubte soll nicht ohne weiters um den Wert verkürzt sein; so eine alte bewahrte Lehre. Dazu ist aber das Entscheidende noch zu sagen: *Der Grund seines Ersatzrechtes liegt im alten Eigentum, dessen Zweck in schuldrechtlicher Gestalt fortlebt* und zur Wertebefriedigung führt. Der Schuldner kann sich dagegen nicht auf sein neues Eigentum berufen, das eben schon belastet entsteht’. Schade zou er dus pas zijn, als er geen vorderingsrecht was.

265. Rabel, geciteerd bij Zweigert/Kötz II blz. 265.

266. Bereicherung, blz. 20.

267. Blz. 6.

268. Een sprekend voorbeeld uit het Franse recht: Req. 11 december 1928, D.H. 1929, 18: Een waterleidingsbedrijf dat voor de levering aan haar afnemers gebruik maakt van het buizensysteem van een ander, is verplicht aan deze laatste zijn verrijking af te staan. Goff & Jones, Restitution, blz. 19, →

‘Hij die ongerechtvaardigd is verrijkt *ten koste van* een ander, is verplicht, voor zover dit redelijk is, *diens schade* te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking’.

Een kortere en principieel juistere benadering zou de volgende wetstekst opleveren:

‘Hij die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, is verplicht, voor zover dit redelijk is, deze verrijking aan die ander af te staan’.

De vraag waar het op aan komt is, zoals Wilburg vaststelt, *wat ongerechtvaardigd is*, niet: of, en welke, schade is toegebracht. In deze benadering komt het voor de ongerechtvaardigde verrijking kenmerkend geachte ‘dubbele plafond’ – de verrijkte hoeft niet meer af te staan dan zijn verrijking, en het gevorderde mag het bedrag van de verarming niet te boven gaan – kwestieus voor. Als de verrijking van de een is geschied ‘op kosten van’ een ander, moet zij worden afgestaan.²⁶⁹ Deze afwijzing van de ongerechtvaardigde verrijking als schade-actie, is dogmatisch en principieel van belang. Een schade-actie is in het stelsel van het verbintenissenrecht een ‘species’, op één lijn met de nakoming in geval van overeenkomst, de ongedaanmaking in geval van onverschuldigde betaling. Al deze acties zijn terug te voeren tot hun bron: het verbod van ongerechtvaardigde verrijking. Het systeem is van hier uit opgesplitst in categorieën. Dit houdt in, dat in een ontwikkeld rechtssysteem de *actie* uit ongerechtvaardigde verrijking – terwijl (en omdat) het *principe* de grondslag is van het gehele verbintenissenrecht – de natuurlijke restcategorie vormt voor zover de ‘benoemde’ bronnen van verbintenis in hun gezamenlijkheid niet adequaat blijken.²⁷⁰ De *vordering* uit ongerechtvaardigde verrijking is noodzakelijk om het systeem af te ronden. Maar deze ‘oeractie’, waaruit alle andere acties zijn afgeleid (en waaruit zich op den duur wellicht weer nieuwe categorieën zullen af-

→
tekenen aan dat de eiser ‘may have suffered no loss and yet he may still be able to show that the defendant’s gain was made at his expense’. Een van de door hen gegeven voorbeelden betreft het geval waarin iemand die de roerende zaak van een ander gebruikte ‘had to pay a reasonable fee for its use even though that other would not have used the chattel during that time’. Dit geldt gelijkelijk voor gevallen van kwade én van goede trouw. Zie voor Duitsland Von Caemmerer, *Gesammelte Schriften*, 378 e.v. en met name blz. 381. Onomwonden ook Daniel Friedmann, 80 *Colum. L. Rev.* 504 (1980), die op blz. 547 het volgende opmerkt: ‘Where a benefit was derived from an unauthorized use or exploitation of the plaintiff’s property, restitution ought to be granted even if the plaintiff was unable or unwilling to use the property. In such a case, the enrichment is “at the plaintiff’s expense” even if he suffered no loss other than not being paid for the use of his property’. Ditzelfde moet gelden voor Nederland. Men heeft hier de neiging om voor zo een geval te spreken van een abstracte schadeberekening. Dit is een manier om uit de problemen te raken maar het is eenvoudiger en zuiverder om te aanvaarden dat schade geen vereiste vormt.

269. In dezelfde zin Schoordijk, *Algemeen Gedeelte*, blz. 458. Zie ook Herrmann, *RM Themis* 1970 blz. 3 e.v. Vgl. ook de noten 268, 286, en tekst.

270. Hierbij sluit aan de opmerking van Langemeijer over de ongerechtvaardigde verrijking: ‘Wat ik hier vooral meen te zien is het streven naar consequentie in het recht: de vermogensverhoudingen die het recht erkent moeten liefst niet worden verstoord door wat naar de geest van het recht daarvoor geen reden vormt’, *Gerechtigheid*, blz. 105.

splitsen²⁷¹), kan dan geen species-actie zijn, om deze ongebruikelijke maar wellicht verhelderende term nogmaals te gebruiken. Zij is 'het begin en het einde' van het verbintenissenrecht.

Bregstein heeft voor deze gedachte de grondslag gelegd met zijn opvatting dat de verrijkingsactie als uitvloeisel van het eigendomsrecht moet worden gezien, een opvatting die weinig weerklank heeft ondervonden. Deze zelfde gedachte wordt, zeven jaar later, door Wilburg als fundament gelegd onder zijn beroemde 'Lehre der ungerechtfertigten Bereicherung'. Hij noemt alle pogingen om de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking af te leiden uit de schadevergoedingsgedachte, uit de grondslag van de zaakwaarneming of 'kurz aus dem Eingriff in fremde Rechtssphäre', eenzijdig, en stelt kort en goed:

'der rein sachliche Zweck des verkürzten Rechtes, bestimmte Güter und deren Nutzen dem Berechtigten zuzuweisen, scheint das Geheimnis der Ungerechtfertigkeit fremden Erwerbes zu enthalten'.²⁷²

Zijn adagium luidt letterlijk als dat van Bregstein:

'Aus dem Eigentum entsteht die Bereicherungsklage'.²⁷³

Hiermee is de onbevredigende billijkheid als grondslag²⁷⁴, geëcarteerd en is te-

271. Martinek 1983, trekt in een artikel waarin hij het Duitse en Anglo-amerikaanse verrijkingsrecht aan een diepgaand vergelijkend onderzoek onderwerpt, de volgende conclusie: 'Offenbar bahnt sich im Common Law nach der *Durchgangsstation der general action of unjust enrichment* eine Typologie der Bereicherungsansprüche, d.h. der neuen restitutionary remedies an (. . .). *Ebenso wie vorher in unserem Bereicherungsrecht* bleibt damit die bereicherungsrechtliche Generalklausel auch im Common Law eine blosser Durchgangsstation' (curs. toegevoegd). Uit de algemene regel ontwikkelen zich specifieke groepen van vorderingen die hun eigen plaats gaan innemen en zo de algemene regel overbodig maken. Tot de tijd weer rijp is voor vernieuwingen en de algemene regel weer terugkeert om opnieuw als bron van nieuwe acties dienst te doen.

272. Bereicherung, blz. 27.

273. Blz. 28. Dat op grond van dit uitgangspunt andere resultaten worden bereikt dan op grond van 'billijkheidsacties' zal nog aan de orde komen, zie de tekst behorende bij noot 283. Deze opvatting over de grondslag van de ongerechtvaardigde verrijking is overigens niet gedateerd noch beperkt tot enige codelanden. In 1980 werd zij — deze maal in Amerika — tot uitdrukking gebracht door Friedmann die, in dezelfde brede zin die hier wordt voorgestaan, zijn in noot 268 vermelde artikel aanvangt met de volgende opmerking: 'This Article argues that restitutionary claims should be recognized in a wide variety of cases in which one person's interests have been "appropriated" by another, whether or not the appropriation was tortious'.

274. In Nederland werd door alle voorstanders van de algemene actie vóór Bregstein, de billijkheid als grondslag van de ongerechtvaardigde verrijking aangemerkt, zie Biegman-Hartogh, diss. blz. 11. Bregstein's afwijzing van deze visie leverde weinig op, de meeste schrijvers blijven na het verschijnen van diens dissertatie in 1927 — van Eggens VPO II blz. 251, tot Asser-Rutten-Hartkamp III nr. 351 — naar de aequitas verwijzen. Zie ook Biegman-Hartogh, diss. blz. 14. In het Franse recht wordt de équité als fundament onder de uit de jurisprudentie voortgevloeide actie gelegd, zie Zweigert/Kötz II blz. 294; in Duitsland zijn het ook voornamelijk Billigkeit und Gerechtigkeit die als grondslag worden genoemd, zie Zweigert/Kötz II blz. 293 (deze schrijvers staan overigens sceptisch tegenover de billijkheid die zij als surrogaat betitelen). Wilburg daarentegen, Bereicherung, blz. 19, stelt scherp: 'Für den Bereicherungsanspruch als fertiges Recht aber sind Billigkeit und Gerechtigkeit ausgediente Helfer. Sie können weder seine Eigenart verständlich machen, noch seine Merkmale darstellen'.

vens een criterium voorhanden om te komen tot de vaststelling of in een bepaald geval een vorderingsrecht uit ongerechtvaardigde verrijking aanwezig is, en wat daarvan de omvang is. Tevens kan aan de hand hiervan een voorzichtige poging worden ondernomen om te komen tot een definitie van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking. Deze definitie heeft steeds veel moeilijkheden opgeleverd²⁷⁵, doch deze lossen zich op wanneer het antwoord wordt gezocht in het stelsel van het verbintenissenrecht in zijn totaliteit, gezien als een systeem van legitimatiemomenten met betrekking tot vermogensverschuivingen. De definitie luidt:

Van ongerechtvaardigde verrijking kan dan gesproken worden, wanneer er sprake is van een *juridische* verrijking, die niet kan worden getolereerd vanwege het feit dat voor de *economische* verrijking die daarmee normalerwijze gepaard gaat, geen legitimatiemoment aanwezig is, terwijl er geen andere vordering voorhanden is om deze verrijking te keren.²⁷⁶

275. Zie Ripert, *La Règle Morale*, nr. 133, vgl. ook Goré, *L'Enrichissement*, blz. 2 sub 3, en voorts Zweigert/Kötz II blz. 264 e.v.

276. We raken hier aan het punt van de zg. subsidiariteit van de actie uit ongerechtvaardigde verrijking. Hiervan wordt gesproken, wanneer aan de ontvankelijkheid van de vordering de voorwaarde is verbonden, dat de eiser niet beschikt over een op andere grondslag gebaseerde vordering. Subsidiariteit is voor het Nederlandse recht ontkend, vgl. *Parl. Gesch. Boek 6* blz. 830: 'Het ontwerp laat de mogelijkheid open voor een aanspraak op vergoeding uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking ook in gevallen waarin een zodanige aanspraak op een andere rechtsgrond kan worden gebaseerd. Als b.v. aan de vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is voldaan en tevens een ongerechtvaardigde verrijking in de zin van het onderhavige artikel aanwezig is, vloeit de verplichting tot vergoeding van schade zowel uit de ene als uit de andere rechtsgrond voort'. Dit geldt zowel wanneer de verarmde een andere actie heeft jegens de gedaagde (samenloop is toegestaan), als wanneer deze een vordering jegens een derde toekomt (vgl. noot 284 en de bijbehorende tekst). Aan subsidiariteit wordt elders veelal vastgehouden. Zo bij voorbeeld in Frankrijk, waar echter op het beginsel één uitzondering wordt gemaakt. Iemand die een vordering heeft op een *insolvente* debiteur, kan over deze debiteur heen rechtstreeks van een derde diens verrijking opeisen. Deze uitzondering dateert uit 1940 (in Frankrijk is het gehele verrijgingsrecht gevormd in de jurisprudentie, zie voor een uitgebreid overzicht Zweigert/Kötz II par. 15 en Detlef König, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Heidelberg 1985). Hierop is allerwege kritiek uitgeoefend, vgl. Zweigert/Kötz t.a.p. blz. 280; Detlef König, *Der Bereicherungsanspruch gegen den Drittempfänger einer Vertragsleistung nach französischem Recht*, diss. 1966, blz. 13, 139 e.v.

In Duitsland wordt het subsidiariteitsvereiste niet gesteld. Samenloop is weliswaar uitgesloten wanneer er tussen eiser en gedaagde een *geldig contract* tot stand is gekomen, samenloop met andere vorderingen is echter toegelaten. Maar hier geldt een ander de vordering sterk beperkend vereiste op grond van het zogenaamde 'Unmittelbarkeitsprinzip': verrijking en verarming moeten uit één en hetzelfde voorval voortvloeien. Wanneer de verrijking door het vermogen van een ander dan de verarmde aan de derde ten goede is gekomen, wordt de vordering afgewezen. Zie over deze problematiek en de verschillen tussen Duits en Anglo-Amerikaans recht, kritisch, Dawson, *Ius Privatum Gentium II*, (FS Max Rheinstein), blz. 789 e.v. Vgl. ook Schoordijk, *WPNR* (1970) 5093 e.v. De zg. 'indirecte verrijking' is dus toegestaan, namelijk dan als er een contract is tussen de verrijkte en een ander dan de verarmde. Zie voor Engeland Goff & Jones, *Restitution*, blz. 32 e.v., waar de conclusie wordt bereikt dat in het algemeen ook indirecte verrijking niet is toegestaan.

De figuur van ongerechtvaardigde verrijking zoals hierboven gedefinieerd, heeft aan samenloop weinig behoefte: wanneer alle verbintenissen uit de wet aan het ene beginsel van de ongerechtvaardigde verrijking zijn ontsproten, zal samenloop met alle andere acties in beginsel mogelijk zijn. Maar het lijkt weinig logisch, noch zinvol, de op specifieke omstandigheden gerichte rest-actie te la-

Het gaat om gevallen van een per definitie 'voorlopige' vermogensverschuiving, omdat de causa, de ultieme rechtvaardigingsgrond in de zin van economisch doel of schenkingsdoel²⁷⁷, ontbreekt. De verrijking komt aldus in strijd met de rechtsorde zoals die aan het stelsel van de wet ten grondslag ligt. In tegenstelling tot wat het geval is met 'de billijkheid', die zich niet laat bewijzen, kan deze tegenspraak met de rechtsorde (of de afwezigheid daarvan) worden *aangetoond*. Dit kan de weerstand tegen de ongerechtvaardigde verrijking die met name voortvloeit uit de ongrijpbaarheid van het concept – de erkenning van een algemene actie uit ongerechtvaardigde verrijking werd zowel 'a step forward' als 'a step towards anarchy' genoemd; Dawson stelt zelfs vast dat de Unjust Enrichment beschikt over 'the peculiar faculty of inducing quite sober citizens to jump off the dock'²⁷⁸ – doen afnemen.

Worden aan deze definitie de voorbeelden getoetst, die de Parlementaire Geschiedenis geeft van gevallen waarin de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking is toegestaan²⁷⁹, dan blijkt de omschrijving de meeste gevallen te dekken en te verklaren. Van één geval, dat niet onder de omschrijving valt, kan tevens worden duidelijk gemaakt waarom de actie die door de Parlementaire Geschiedenis wél wordt aanvaard, niet behoort te worden toegestaan, hoezeer ook aanvaarding van een vordering voor dat geval 'billijk' lijkt te zijn.

Eenvoudig liggen de gevallen van eigendomsverkrijging door natrekking, vermenging en zaaksvorming. Ligt daaraan geen rechtsverhouding ten grondslag, dan is er sprake van een juridische verrijking zonder legitimatiemoment, die als ongerechtvaardigd behoort te worden gekeerd.

Datzelfde geldt voor het geval waarin iemand een tegenprestatie verkrijgt doordat hij andermans goed aan een derde overdraagt, die op grond van zijn goede trouw wordt beschermd, terwijl hij zelf dit goed aan die ander zou hebben moeten afgeven, als het nog bij hem was aangetroffen. Dit geval zal zich onder vigeur van het NBW bij voorbeeld voordoen, wanneer een gestolen zaak – die in beginsel drie jaar in eigendom aan de bestolene blijft toebehoren – in de reguliere handel wordt verkocht aan een particulier te goeder trouw, die op grond van art. 3:86 lid 3 sub a, als uitzondering op de hoofdregel, ook binnen de driejaren-termijn tegen de onbevoegdheid van zijn voorman wordt beschermd. De bestolen eigenaar kan met een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking ageren tegen de winkelier, die juridisch is verrijkt ten koste van de bestolene, terwijl voor de economische verrijking – dat wat Bregstein aanduidt als 'het genieten van de waarde' – in het systeem van het recht geen rechtvaardiging aanwezig is nu hij zelf geen eigenaar van de zaak is geworden en de bestolene deze bij hem had kunnen opeisen zo hij deze daar nog had aangetroffen.²⁸⁰

ten samenlopen met andere. Indirecte verrijking kan onder de boven omschreven voorwaarden worden teruggehaald; de beperking in het vorderingsrecht is hier gelegen in andere omstandigheden, zie boven, verderop.

277. Zie hierboven nr. 8.

278. Zie Martinek 1983, blz. 322.

279. Zie voor een opsomming van deze gevallen, en de over de Parl. Gesch. Boek 6 verspreide vindplaatsen, Asser-Rutten-Hartkamp III nr. 359.

280. Vgl. Parl. Gesch. Invoering Boek 3, blz. 1224, alwaar de Minister in een toelichting op art. 3:86

Ook het geval van de bloot-eigenaar die wordt verrijkt doordat de vruchtgebruiker of de erfpachter buitengewone herstellingen verricht, kan op deze wijze worden ingepast. Moeilijker ligt het wanneer 'iemand door een noodtoestand gerechtvaardigde inbreuk maakt op eens anders eigendomsrecht, waardoor laatstgenoemde schade lijdt'. Als voorbeeld kan dienen de vernieling van een kas met orchideeën van A, bij het blussen van het nabijgelegen huis van B. Het betreft hier een omstreden geval²⁸¹, dat met name op de noemer van de ongerechtvaardigde verrijking schijnt te worden gebracht vanwege de onmacht er een andere grondslag aan te geven. Zelfs wanneer men de ongerechtvaardigde verrijking als schade-actie beschouwt, blijft deze constructie iets gekunstelds

→ steld, dat onder de boven gegeven omstandigheden de winkelier 'tot het bedrag van de door hem van de verkoper ontvangen koopprijs ongerechtvaardigd is verrijkt'. De vraag is gewettigd of de opvatting van de Minister dat de winkelier de *koopprijs* moet afstaan, staande gehouden kan worden. Zij ligt niet zonder meer voor de hand. In verschillende rechtsstelsels wordt daarover geheel verschillend gedacht. In Duitsland wordt de oorspronkelijke eigenaar een verrijkingsactie toegekend op grond van par. 816 I 1 BGB. De vervreemder te goeder trouw moet aan de oorspronkelijk gerechtigde in beginsel de ontvangen *koopprijs* afstaan, die geacht wordt de waarde van de zaak te vertegenwoordigen. Dit geldt met name voor zaken die geen marktprijs kennen, zoals antiek, kunstvoorwerpen en dergelijke meer. In concreto kan de vervreemder soms tot minder gehouden zijn, bij voorbeeld wanneer een groothandelaar zaken betreft tegen groothandelsprijs en deze doorverkoop aan detaillisten: hij is de leverancier of de fabrikant die het bezit van de zaken verloor doch de eigendom behield, slechts de groothandelsprijs verschuldigd en *niet zijn winst*, zie Von Caemmerer, *Gesammelte Schriften* blz. 284. Vgl. ook Schoordijk, rede 1986, blz. 21 i.f. In de V.S. heeft de oorspronkelijke eigenaar eveneens een actie op de vervreemder, *Restatement of the Law of Restitution* (1937) par. 128, comment k, par. 202, 203. Hier wordt echter onderscheid gemaakt naar goede en kwade trouw. In geval van goede trouw behoeft de onbevoegde vervreemder zijn *winst niet af te staan*. Vergoeding van de winst aan de eerste eigenaar, wordt opgevat als een sanctie op delictueel beschikken over de zaak van een ander. In Frankrijk staat de eigenaar in een analoge situatie in het geheel géén actie ter beschikking. Deze regel stamt uit 1931, Cass. 11 februari 1931, D.P. 1931, 1.129, zij wordt nog als geldend recht beschouwd. In Engeland komt, wanneer een onbevoegde een derde een geldige verkrijging heeft verschaft, aan de oorspronkelijk gerechtigde een actie toe op grond van conversion (een tort-actie). Wanneer een derde te goeder trouw verkrijgt van iemand die de zaak zonder titel houdt, kan van deze laatste vergoeding worden gevorderd vanwege het feit dat hij 'wrongfully converted the goods before his (de eigenaar's, schr.) title was extinguished', Benjamin's *Sale of Goods*, 1981, par. 462, 480; m.b.t. huurkoop par. 561. Goede of kwade trouw van de vervreemder is niet relevant, van belang is slechts of de eiser ten tijde van de vervreemding 'was entitled to immediate possession of the goods'. De vervreemder moet de *waarde van de zaak* vergoeden, Diplock L.J. in *Marfani & Co. v. Midland Bank Ltd* [1968] 1 WLR 956, 970-971. Zoveel is wel duidelijk, dat de rechtspraak er goed aan zal doen niet zonder meer de opstelling van de Minister in dezen te volgen.

281. De gedachte stamt van Bregstein, diss. blz. 204, die hier aansluit bij het Franse recht en spreekt van 'negatieve' verrijking. Zie echter, kritisch, Biegman-Hartogh, diss. blz. 126. Schr. wenst voor dit soort gevallen aansluiting te zoeken bij de onrechtmatige daad in geval van overheidsoptreden, en wanneer het particulieren betreft bij de zaakwaarneming. Zij bepleit, blz. 127, in titel 6.3. van het NBW 'een speciale bepaling in te voegen die, ondanks afwezigheid van onrechtmatigheid wegens noodtoestand, aan hem, op wiens recht inbreuk werd gemaakt, een recht op schadeloosstelling geeft jegens de pleger van deze daad'. Elders heeft men veelvuldig voor een eigen regeling van dit type van gevallen gekozen, zie Parl. Gesch. Boek 6 blz. 617, m.n. noot 9. De Nederlandse wetgever verwijst echter uitdrukkelijk naar art. 6.4.3.1. In andere zin Schadee, NJB 1956, blz. 358 e.v. die, speciaal met betrekking tot de 'quasi-onrechtmatige' overheidsdaad, van passieve zaakwaarneming spreken wil. Afwijzend, Cohen Jehoram, WPNR 5014 (1968), blz. 448 r.k. en daarover Schadee, WPNR 5023 (1969). Over deze problematiek ook, Langemeijer, Beekhuisbundel, blz. 160-163.

behouden: hoe kan men B 'verrijkt' noemen door de vernieling van een goed van A. Verrijking zou eerder vol te houden zijn voor het geval waarin de grond van A slechts – zonder enige schade – werd *gebruikt* ten behoeve van B.²⁸²

Voor de overige door de Parlementaire Geschiedenis aangegeven gevallen geldt voor alle op één na, dat zij passen binnen de boven gegeven formulering van wat ongerechtvaardigde verrijking is. Dat ene geval verdient nu – als toetssteen van de theorie – alle aandacht. In de Parlementaire Geschiedenis wordt daarover het volgende gezegd:

'Een aannemer bij de bouw van een huis staakte wegens financiële moeilijkheden het werk, terwijl hij zijn leveranciers van intussen verwerkte bouwmaterialen nog niet had betaald en de aanbesteder de eerst verschijnende termijn aan de aannemer niet betaalde, omdat hij daartoe volgens het contract ten gevolge van het staken niet verplicht was. De aanbesteder liet het huis door een andere aannemer afbouwen en werd dus met het verwerkte, niet betaalde materiaal verrijkt. De aanbesteder betaalde de leveranciers van de eerste aannemer niets. Een actie van de leveranciers tegen de aanbesteder zou ongerechtvaardigde verrijking hebben voorkomen'.²⁸³

Is de aanbesteder inderdaad *ongerechtvaardigd* verrijkt? De voorstanders van de ongerechtvaardigde verrijking als billijkheidsactie zullen met een bevestigende beantwoording geen moeite hebben. Het strookt inderdaad met het impulsieve, vage gevoel voor billijkheid om de leveranciers hun vordering op de aanbesteder te gunnen (waarbij kan worden aangetekend dat zij in het Duitse, Franse én Anglo-amerikaanse recht zou worden afgewezen).²⁸⁴ Binnen het ka-

282. Maar dit is een kwestie van policy. Waarschijnlijk behoort men dit soort gebruik van zijn goed te dulden in verband met een afweging van de belangen die hiermee gemoeid zijn, ook al vanuit de 'heden ik, morgen gij'-gedachte.

283. Parl. Gesch. Boek 6 blz. 825. Zie ook Biegan-Hartogh, diss. blz. 82, die, evenals de minister tijdens het M.O. – zie de tekst hierboven – reserveloos stelt dat de grondeigenaar werd 'verrijkt door toedoen van de leveranciers van de (insolvente) aannemer'.

284. In Duitsland zou toekennen van de vordering in strijd komen met het Unmittelbarkeitsprinzip, zie noot 276. In Frankrijk is de vordering uitgesloten op grond van het feit dat de verrijking berust op een contract van de verarmde met een derde. De verrijking ontbeert in dat geval niet een 'cause légitime', Cass. 18 oktober 1898 D. 1899. 1.105, waarover Biegan-Hartogh, diss. blz. 83. Het uitzonderingsgeval in het Franse verrijktingsrecht – een vordering is toegestaan tegen een indirect verrijkte wanneer de verarmde zijn eigen actie op een contractspartner niet kan vervolgen wegens diens insolventie – vindt in dit geval geen toepassing omdat daarvoor tevens vereist is dat de verrijkte niet kan wijzen op een geldig contract tussen hemzelf en een derde. Vgl. Zweigert/Kötz II blz. 295: 'hat der Kläger seine Leistung auf Grund eines wirksamen Vertrages an einen Dritten erbracht und hat erst der Dritte diese Leistung in das Vermögen des Beklagten verwandt, so wird dem Kläger der Bereicherungsanspruch in Deutschland stets versagt, während er ihm in Frankreich gewährt wird, sofern der Dritte zahlungsunfähig ist und der Beklagte nicht auf einen gültigen Vertrag verweisen kann, den er mit dem Dritten geschlossen hat und aufgrund dessen er dem Dritten gegenüber gerechtfertigt ist, das von ihm Empfangene zu behalten' (curs. toegevoegd). Zie ook Veegens, noot onder NJ 1959, 548, blz. 281 l.k., die met betrekking tot het boven uit de parlementaire geschiedenis aangehaalde praktijkgeval nog de volgende nadere feiten meedeelt: de aanbesteder lijdt schade door het in gebreke blijven van de aannemer, waarop hij hem volgens het aanbestedingscontract slechts een saldo van de rekening schuldig is dat op nihil uitkomt. Dit geval kan zich nog dagelijks in Nederland voordoen, vgl. par. 40 lid 9 jo. par. 46 lid 3 van de UAV 1968.

der dat hier voor de vordering uit art. 6:211 is uitgezet, past een ander antwoord. Als de aanbesteder is verrijkt — het is al te eenvoudig om vast te stellen dat hij eigenaar is geworden van zaken die hij niet betaald heeft en dat hij *dus* ongerechtvaardigd is verrijkt, zoals de minister tijdens het M.O. heeft gesteld; zijn situatie behoort te worden beoordeeld in de context van zijn gehele verhouding tot de aannemer en de gevolgen van diens wanprestatie — dan toch niet op kosten van de leveranciers maar op kosten *van alle crediteuren van de aannemer*²⁸⁵, en wel als gevolg van een (zinvolle) contractsbepaling. Wanneer men dit ontoelaatbaar acht, zal ofwel de bepaling in strijd met de openbare orde moeten worden verklaard — waardoor de aanbesteder een bepaald bedrag aan de aannemer verschuldigd zou worden waarmee de failliete massa ten behoeve van alle crediteuren zou worden vergroot —, ofwel als onrechtmatig ten opzichte van derden als de leveranciers, die hem in dat geval kunnen aanspreken uit onrechtmatige daad. Maar niet kan worden volgehouden dat hij juridisch is verrijkt zonder dat daarvoor een causa (in de ruime zin van legitimatiemoment) aanwezig was. De aanbesteder mag verrijkt zijn, hij is dat niet 'ongerechtvaardigd', noch 'op kosten van de verarmde'. Het is niet zo dat hij een waarde geniet

→ Ook Veegens stelt dat de Franse rechter zou oordelen dat de aanbesteder door het verkrijgen van de bouwstoffen een rechtmatig voordeel heeft genoten, waarvoor hij verwijst naar Chevalier, *Etudes Ripert II* blz. 243. Zie voor het Anglo-amerikaanse recht Goff & Jones, *Restitution*, blz. 32 e.v. waar gesproken wordt over gevallen waarin de verarmde 'conferred the benefit while performing an obligation which he owed to another or otherwise while acting voluntarily in his own self interest'. Hoewel de gegeven voorbeelden niet parallel zijn aan het hier besproken geval — zij betreffen casus als 'A builder contracts with a third party, whom he mistakenly but reasonably believes owns Blackacre, to build a swimming pool on Blackacre. He does so. The third party who has not paid the builder is evicted by the true owner. (. . .) English as well as American courts will deny (. . .) the builder any restitutionary claim against the owner' blz. 32, gevallen dus, waarvan ook voor het Nederlandse recht vaststaat dat er géén vordering uit ongerechtvaardigde verrijking is — is de regel die schr. opstellen zo ruim, dat zij ook op het onderhavige geval van toepassing kan worden verklaard, immers, de leveranciers 'performed an obligation they owed to another'. Dit alles ondersteunt in hoge mate de opvatting dat de wetgever in dit geval een misslag heeft begaan. Opmerking verdient nog dat het feit dat er sprake is van indirect enrichment, anders dan in het Duitse recht, in Engeland en Amerika *niet* aan een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking in de weg behoeft te staan, zie t.a.p. blz. 34.

285. Kan de leverancier door de overige crediteuren worden gedwongen zijn van de aanbesteder ontvangen penningen in de failliete boedel in te brengen? Wellicht op grond van ongerechtvaardigde verrijking ten koste van hen? Immers, als de bepaling niet in het contract was opgenomen, zou de aanbesteder hebben moeten betalen aan de curator in het faillissement van de aannemer. De leverancier verkrijgt een ongerechtvaardigd voordeel wanneer hij zelf rechtstreeks de aanbesteder kan aanspreken op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Hij wordt in feite preferent crediteur, zij het dan via een omweg en (overigens uitsluitend op het eerste gezicht) niet ten laste van de boedel. Anders gezegd, de leverancier ontkomt op een oneigenlijke wijze aan het faillissement van de aannemer. De onhoudbaarheid van deze benadering wordt duidelijk, wanneer het argument wordt doorgetrokken. Stel dat de arbeiders die het werk hebben uitgevoerd wegens gebrek aan baten niet kunnen worden uitbetaald. Is de principaal, die van hun arbeidskracht heeft geprofiteerd, ook aan hen op grond van ongerechtvaardigde verrijking betaling verschuldigd? Wat geldt voor de leveranciers, moet gelden voor de arbeiders. En wellicht nog voor diverse andere personen, zoals de free lance calculator die in opdracht van de aannemer exclusief voor het huis van deze aanbesteder werkzaamheden heeft verricht. Als deze consequentie niet kan worden aanvaard — en het komt mij voor dat dit verwacht mag worden — is daarmee de constructie als zodanig veroordeeld.

die een ander 'eher gebührt'.²⁸⁶ Hij verkreeg de zaken door levering, c.q. door natrekking; de verplichting om daarvoor te betalen, ontstaan uit overeenkomst, vormt hier het rechtvaardigingsmoment zowel voor het ene als voor het andere geval. Dat deze verplichting later verviel moet daarvan in beginsel los worden gezien; hier is de vraag slechts of de bepaling in kwestie geldig is of niet, maar het antwoord op deze vraag is niet relevant voor het verrijgingsprobleem. Juridische én economische verrijking zijn gelegitimeerd. Anders zou men kunnen oordelen wanneer het gestolen zaken zou betreffen. De bestolene zou deze hebben kunnen opeisen onder de derde wanneer de zaken nog niet verwerkt zouden zijn geweest, immers, de levering van gestolen zaken door een onbevoegde sorteert geen effect. Zo goed als de handelaar die de zaak van een bestolene doorverkoopt aan een derde te goeder trouw, en daardoor de oorspronkelijke eigenaar de revindicatie uit handen slaat, verplicht is zijn verrijking af te staan, hoort degeen die van een gestolen goed door natrekking de eigendom verkrijgt – en op zijn wijze de bestolene de revindicatie ontnemt – aansprakelijk te zijn op grond van ongerechtvaardigde verrijking. *Hij* geniet een waarde die een ander toekomt. Maar ook in dit geval moet de verrijkingsvraag worden losgemaakt van de contractsbepaling tussen aannemer en principaal. Deze is geldig of niet geldig en heeft op grond daarvan al dan niet rechtskracht.

De opvatting dat de ongerechtvaardigde verrijking voortvloeit uit het eigendomsrecht en als zodanig rechtstreekse uitdrukking geeft aan de grondgedachte van het gehele vermogensrecht – namelijk dat wat aan A toebehoort in beginsel slechts uit zijn vermogen kan geraken wanneer hij daartoe zijn toestemming geeft – noodzaakt bij de vaststelling van een concreet geval van ongerechtvaardigde verrijking tot het maken van een sprong.²⁸⁷ Het gaat om gevallen die, niet per se in strijd met het recht, steeds in strijd zijn met *het systeem van het recht*. De sprong moet gemaakt worden van recht naar Recht. Het onzekere element dat aan iedere sprong in het recht inhaerent is, blijft hier echter tot een minimum beperkt. Met de billijkheid is de vaagheid en de daaruit voortvloeiende onzekerheid geëlimineerd. Criteria voor toekenning en afwijzing, kunnen worden gecreëerd aan de hand van de definitie van ongerechtvaardigde verrijking als verrijking zonder legitimatiemoment in de zin van het – aan het gehele verbintenissenrecht ten grondslag liggende – economisch of schenkingsdoel.

286. Zie de tekst bij noot 266. Het betreft hier een zeer klare formulering van de kern van de ongerechtvaardigde verrijking: het gaat om het wegnemen uit het vermogen van de verrijkte van dat 'was nach den Grundsätzen der Güterverteilung einem Andern gebührt'. Zo stelt ook Horst Hagen, FS Larenz 1973, blz. 868, dat het verrijgingsrecht dient tot 'Ausgleich von Vorteilen, die zu geniessen einem anderen eher gebührt als dem unmittelbar Begünstigten' (zie voor de problematiek die in het woordje 'onmiddellijk' zit opgesloten hierboven onder noot 276). Goré, L'Enrichissement, geeft als kern van de regeling op het stuk van de ongerechtvaardigde verrijking aan, dat 'l'équité entre les hommes ne soit pas compromis'. Al deze omschrijvingen verwijzen naar de status quo in het vermogensrecht als uitgangspunt, en zij bieden stuk voor stuk meer houvast om te komen tot vaststelling van dat wat 'ongerechtvaardigd' is, dan alle billijkheidsoverwegingen te zamen, waarover Goré met recht opmerkt: 'On a eu tort d'entendre par enrichissement injuste un principe vague d'équité aux termes duquel, quand une personne a souffert d'un événement et que d'autres en ont profité, il y a lieu d'organiser une certaine recours', blz. 320.

287. Zie over 'de sprong in het recht' Paul Scholten, Algemeen Deel, blz. 174.

14. Werd er hierboven nog *stellenderwijs* van uitgegaan dat alle verbintenissen uit de wet, zonder enige uitzondering, in enigerlei vorm zijn gericht op het keren van ongerechtvaardigde verrijking/verarming, thans mag deze stelling – die de grondslag van het verbintenissenrecht blootlegt – als bewezen worden beschouwd. Het moment is gekomen voor het opmaken van een tussenbalans. Daarbij worden twee gewichten in de schaal geworpen.

a. Stelt Bregstein, beperkt, vast dat

‘het aanvaarden van het streven tot in stand houden van de waarde-elementen van het vermogen, voor zoover de bezitter van dat vermogen niet zelf, met eenig schenkings- of economisch doel, van deze elementen afstand heeft willen doen, ons inzicht in de functie der actie (. . .) aanmerkelijk verheldert’²⁸⁸,

deze vaststelling wordt, na toetsing van iedere afzonderlijke verbintenis uit de wet aan het beginsel van de ongerechtvaardigde verrijking, aldus verbreed:

Het aanvaarden van het streven tot in stand houden van de waarde-elementen van het vermogen, voor zover de rechthebbende op dat vermogen niet zelf, met enig schenkings- of economisch doel, van deze elementen afstand heeft willen doen, *verheldert ons inzicht in de functie van het verbintenissenrecht als zodanig*.

Elk individu heeft recht op zijn vermogen. Indien een waarde die tot een vermogen behoorde in een ander vermogen overgaat, zonder dat daaraan een rechtsbetrekking met een economisch- of schenkingsdoel tussen de desbetreffende personen ten grondslag ligt, behoort deze waarde – in beginsel – te worden afgestaan. Welke vordering aan de eis daartoe ten grondslag kan worden gelegd, is afhankelijk van de omstandigheden die tot de niet-gelegitimeerde vermogensverschuiving hebben geleid. Aldus wordt voor het vermogensrecht gewaarborgd het aan het gehele rechtssysteem – publiek én privaat – ten grondslag liggende beginsel van de rechtvaardigheid, dat wil dat ieder gegeven wordt wat hem toekomt.²⁸⁹

Hierbij behoort nog een kanttekening te worden gemaakt. Het grondgebod van het recht dat ieder het zijne wordt gegeven, moet – voor het vermogensrecht – worden onderkend als de uitdrukking van een rechtvaardigheid die uitgaat van een status quo *welke op zich legitimatie ontbeert*. Dit is met grote accu-
ratesse geformuleerd door Hugo de Groot waar hij met betrekking tot de baat-trekkingsactie opmerkt:

‘de billickheid laat niet toe nae de scheidinge der eigendommen, dat iemand hem zal verrijcken over eens anders schade’.²⁹⁰

288. Diss. blz. 196.

289. Van Apeldoorn's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Recht, 1985, nrs. 12, 15 en 502.

290. Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid beschreven bij Hugo de Groot, met aantekeningen van mr. S.J. Fockema Andreae, Arnhem 1939, Deel I, B. III. D.30. par. 3.

'*Nae de scheidinge der eigendommen*'. Wat aan een persoon toekomt, wordt beoordeeld vanuit de status quo; hoe deze tot stand is gekomen, doet niet ter zake. Het privaatrecht heeft de *iustitia commutativa* als objectief²⁹¹, en deze

'sucht Gleichheit herzustellen, so dass jeder genau so viel erhält oder besitzt, als ihm als das Seinige zukommt, nicht mehr und nicht weniger. Wer Unrecht begeht, z.B. stiehlt oder die Schulden nicht bezahlt, der hat mehr, als ihm zukommt, der Bestohlene dagegen und der Gläubiger haben zu wenig, jeder von ihnen entbehrt etwas von dem, was sein ist. Die Gerechtigkeit sucht diese Ungleichheit zu beseitigen und die Gleichheit, wo sie besteht, zu erhalten'.²⁹²

Wanneer wordt uitgemaakt *wat*, binnen een bepaalde rechtsorde, *toekomt aan wie*, wordt er binnen het positieve recht als gegeven van uitgegaan, dat de aan de geboden verevening *voorafgaande* toestand, de juiste, de rechtvaardige toestand is. Dit houdt in dat de rechtvaardigheid, in ieder geval zoals die aan het vermogensrechtelijk rechtsstelsel ten grondslag ligt, niet anders kan zijn dan een betrekkelijke, een voorlopige rechtvaardigheid, een rechtvaardigheid van het tweede plan. Aan het groeiend ingrijpen met publiekrechtelijke maatregelen in privaatrechtelijke verhoudingen, aan de reeds eerder geconstateerde vermenig van de *iustitia commutativa* met de *iustitia distributiva*²⁹³, zôu (mede) een groeiend bewustzijn in de samenleving van het betrekkelijke van deze rechtvaardigheid ten grondslag kunnen liggen: het streven van een gehele gemeenschap naar Rechtvaardigheid.

b. En nu terug naar de kern van mijn betoog. Ik roep in herinnering dat deze de rol van het vertrouwen bij de totstandkoming van rechtshandelingen betreft. Hierboven werd gesteld²⁹⁴, dat de wil de eerste rechtvaardiging vormt voor de verbindendheid van de rechtshandeling en dat met dit uitgangspunt het verbinden van gevolgen louter aan het vertrouwen — zoals art. 3:35 NBW voorschrijft — onverenigbaar is. Een begin van bewijs werd als volgt opgebouwd: hetgeen op grond van een verbintenis toekomt aan de één, moet aan de ander worden ontnomen. Wordt, om te komen tot een vaststelling van gevallen waarin dat gerechtvaardigd is, het verbintenissenrecht bezien, dan blijkt dit met name het geval te zijn als er sprake is van een vermogensverschuiving met een economisch doel, zoals de overeenkomst deze mogelijk maakt. De overeenkomst lijkt bij nader inzien juist hiertoe geconstrueerd te zijn. In de woorden van Bregstein:

'De rechtsorde laat geen vermogensovergang ten gevolge van prestatie toe, tenzij daaraan een verwezenlijkt schenkingsdoel of anders eenig verwezenlijkt economisch doel, d.w.z. eenig doel, in hoofdzaak gelegen op het gebied der goederenruil, aan ten grondslag ligt'.

291. Zie noot 232.

292. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, blz. 52.

293. Zie nr. 12, met name tekst bij noot 232.

294. Nrs. 7, 8.

Hij spreekt tevens over

‘de afwijzende houding, die de rechtsorde aanneemt tegen elke vermogensvermeerdering, die niet een schakel vormt in de goederenruil of een uitgesproken schenkingsbedoeling heeft’.

Geconstateerd werd, dat in beide uitspraken te zamen, de grondslag van het verbintenissenrecht is blootgelegd. Deze stelling werd vervolgens onderworpen aan een uitvoerig onderzoek. De uitkomst hiervan luidde dwingend dat het verbintenissenrecht in wezen is gericht op het ruilverkeer, en voor het overige in dienst staat van de vermogensbescherming, de status quo.

Mijn doelstelling reikte echter verder. Naar aanleiding van de vaststelling dat ook verbintenissen uit overeenkomst – als traditioneel vrijwillig gekozen verbintenissen – meer en meer worden opgelegd, volgde de stelling dat de gronden waarop dat gebeurt, *gelijk behoren te zijn aan die van de andere opgelegde verbintenissen*, en wel vanwege het feit dat het verbintenissenrecht niet een aantal willekeurig opgekomen bronnen op een rij zet doch een hecht en logisch geheel vormt. Als toetssteen voor elke verbintenis werd tenslotte gevonden: het verbod van ongerechtvaardigde verrijking. Overeenkomsten hebben, in beginsel, een gerechtvaardigde verrijking tot gevolg als schakel in het ruilverkeer, of als berustend op intentionele liberaliteit. Alle andere verschuivingen zijn, evenzeer in beginsel, ongerechtvaardigd en behoren te worden hersteld.

Wat is daarmee nu gezegd over het vertrouwen als bron van verbintenis? Het antwoord kan kort zijn: nog niets. Maar van hier, naar het trekken van conclusies, is het nog maar één stap. Vóór die laatste stap gezet kan worden, moet echter worden stilgestaan bij het meest wezenlijke element van de verbintenis uit overeenkomst: de wederkerigheid.

15. Köndgen heeft opgemerkt dat de grote betekenis van de wederkerigheid (Reziprozität) voor het contractenrecht, in schrille tegenstelling staat tot de hoeveelheid literatuur die aan het onderwerp gewijd is.²⁹⁵ Dit geldt voor Nederland in nog heviger mate dan voor Duitsland. In Nederland is op dit terrein opvallend weinig voorhanden. Dit is, op zijn minst, merkwaardig, wanneer men in aanmerking neemt dat de wederkerigheid niet alleen van het overeenkomstenrecht maar van het gehele recht de kern genoemd kan worden²⁹⁶ –

295. Selbstbindung, blz. 234. Köndgen heeft aan het onderwerp veel aandacht besteed, zie blz. 233 t/m 271.

296. Het meest uitgesproken Thurnwald, Werden, Wandel und Gestaltung, blz. 5: ‘Wenn man aus allen Regelungen zwischen menschlichen Verhaltensweisen und deren Umrandung mit religiös-magischen Phantasien den innersten Kern herauszuschälen sucht, so gelangt man zur Erkenntnis, das Reziprozität das ist, was die Wage des Rechts einspielen lässt, sei es als Vergeltung (z.B. als Blutrache oder als Spiegelstrafe), sei es als Strafe überhaupt, oder (auf wirtschaftlichem Gebiet) als Erwidderung eines Geschenkes, als angemessene Bezahlung, oder (auf dem Gebiete der persönlichen Beziehungen) als Töchtertausch unter Gemeinden, als Heiratsordnung unter Gruppen, als Brautkauf (Vergeltung durch ausgezeichnete Objekte) oder (im Obligationenrecht) in der Bezahlung von Kreditierungen, im Zinsendienst usw. Andererseits werden einseitige Leistungen als “ungerecht” empfunden: Abgaben von Hörigen, wirtschaftliche Dienste von Sklaven. Aber auch bei

waarbij onder 'het gehele recht' het privaats- én het publiekrecht moet worden verstaan.²⁹⁷

De betekenis van de wederkerigheid stijgt zelfs daar ver bovenuit: van alle menselijke betrekkingen vormt zij, uiteindelijk, de grondslag. Met andere woorden: *menselijk handelen is ruilhandelen*. Dit kan men lezen bij Aristoteles en bij Cicero, bij hedendaagse antropologen en sociologen, en in de krant.²⁹⁸ Het wederkerigheidsbeginsel blijkt een universeel fenomeen, dat in alle landen en in alle culturen op alle niveaus van menselijke interactie wordt aangetroffen. Wat wordt er precies onder verstaan? Këndgen omschrijft reciprociteit – in juridische zin – als

'das Prinzip das empfangene Leistungen zu erwidern sind'.²⁹⁹

Walter Schmid – voorzichtigter omspringend met de term 'principe'³⁰⁰ – geeft als algemene definitie:

'Unter Reziprozität ist zu verstehen, dass jeder Interaktionspartner Rechte und Pflichten hat'.³⁰¹

der Organisation der Abhängigkeitsverhältnisse hat das Grundgesetz der Reziprozität seinen Ausdruck gefunden im Schutz-gegen-Treue-Verhältnis zwischen Herren und Gefolgsleuten: der Herr ist zum Schutz verpflichtet, der Gefolgsmann zu Abgaben und Dienst. Missbrauch ist die Verletzung der Reziprozität'.

297. Zie Hirsch Ballin, RM Themis 1 (1989), Wederkerig Bestuursrecht.

298. 'Die ethische Freundschaft (...) wird nicht unter ausdrückliche Bedingungen gestellt, vielmehr gibt sich in ihr jede Leistung, sei es eine Schenkung oder sonst was, als eine Bekundung der Freundschaft; man rechnet aber darauf, gleich viel oder noch mehr zu empfangen, weil man tatsächlich nicht geschenkt sondern nur geliehen hat, und erfolgt nun die Gegenleistung nicht in eben der Weise wie die Leistung, so kommt es zu Klagen, und zwar deshalb, weil alle oder doch die meisten Menschen zwar das sittlich Schöne wollen, aber das Nützliche vorziehen. Sittlich schön aber ist es, Gutes zu tun, nicht um Gutes dafür zu empfangen, nützlich aber, sich Gutes antun zu lassen.

Wer also kann, muss nach dem Wert des Empfangenen vergelten, und zwar freiwillig', Aristoteles, Nikomachische Ethik (zie noot 232) boek 8, hoofdstuk 15, blz. 205. Cicero's aanmaning ligt in dezelfde lijn: 'Nullum enim officium referenda gratia magis necessarium est', De officiis, 1,47.

In de Volkskrant van 18 maart 1989 schrijft Marja Baeten in een artikel getiteld 'Ruilen met een strippenkaart', dat 'menselijke betrekkingen altijd al gebaseerd zijn geweest op ruilen. Iedereen heeft toch wel eens aan de burens gevraagd om tijdens de vakantie de planten water te geven? En als de burens dan nee zeggen, kunnen ze er op rekenen dat de bereidheid om nog ooit iets terug te doen al bijna niet meer bestaat'.

299. Selbstbindung, blz. 234.

300. Schmid, blz. 89 e.v., zet breed het verschil uiteen tussen reciprociteit als principe en reciprociteit als norm. 'Ist Reziprozität ein empirisches Prinzip, das in allen Kulturen beobachtet werden kann, oder handelt es sich um eine interkulturelle Norm, die als Sollensregel generell für soziale Beziehungen gilt?'. In het eerste geval houdt reciprociteit niet meer in dan dat sociale betrekkingen in de regel ruilbetrekkingen zijn. Reciprociteit als principe, valt samen met Austausch. 'Der Reziprozitätsgrundsatz sei universal, heisst dann nichts weiter, als dass Austauschprozesse universal sind'. Schmid stelt zich op achter, onder meer, Gouldner, die reciprociteit als norm universele waarde toekent: in alle culturen geldt dat wie iets ontvangen heeft, iets terug moet doen. Këndgen onderscheidt dus norm en principe niet, wanneer hij zegt dat reciprociteit betrekking heeft op het *principe*, dat ontvangen prestaties *behoren* te worden beantwoord.

301. Blz. 88.

In het daagse leven heet dit 'voor wat, hoort wat' en 'voor niets gaat de zon op'. Dat wordt in vaktaal:

'Social exchange can be observed everywhere (. . .), not only in marketrelations but also in friendship and even in love (. . .) as well as in many social relations between these extremes in intimacy. Neighbors exchange favors; children, toys; colleagues, assistance; acquaintances, courtesies; politicians, concessions; discussants, ideas; housewives, recipes'.³⁰²

Waar niets te ruilen valt, vervalt kennelijk aan contacten de grondslag. Enige introspectie bevestigt, dat het hier een gegeven betreft waar niet omheen kan worden gegaan. Liefde, vriendschap, collegiale en zakelijke contacten, alle zijn ze onderworpen aan het give and take-mechanisme. Contacten van welke aard ook, waar slechts de één geeft en de ander neemt, zullen op den duur aan deze eenzijdigheid ten onder gaan.³⁰³ Dit gaat zelfs nog verder.

'A man that will not exchange, that will not give you what he has when you need it, will not get from you the only thing you are, in this case, able to give him in return, your regard'³⁰⁴,

aldus Homans. De vaststelling van Georg Simmel dat

'All contacts among men rest on the schema of giving and returning the equivalence'³⁰⁵,

lijkt dan ook niet overdreven. Onderzoek door antropologen zowel als sociologen³⁰⁶, en door psychologen die de twintigste eeuwse mens en zijn ge-

302. Blau, Exchange, blz. 88.

303. Duidelijk is Gouldner, For Sociology, blz. 262: 'When the net judgement is that the other can and will repay, an established relation continues without strain; but where one has doubts about the future willingness and ability to repay there may be a reluctance and refusal to help'. Ook Blau, blz. 95, stelt dit vast. 'In the long run (. . .) the explicit efforts the associates in a peer relation make in one another's behalf tend to be in balance, if only because a persistent imbalance in the manifestations of good will raise questions about the reciprocity in the underlying orientations of support and congeniality'.

304. Homans 1958, blz. 605.

305. The Sociology, blz. 387. Simmel spreekt van 'equivalence'. Sluit reciprociteit gelijkwaardigheid van de uitgewisselde prestaties in? Dit is een probleem apart. Zie hierover Schmid, blz. 92 en de daar aangegeven literatuur; Köndgen, blz. 236 e.v.

306. Belangrijke antropologische studies blijven Malinowski's Crime and Custom in Savage Society, en Thurnwald's Werden, Wandel und Gestaltung. Indrukwekkend is vooral de studie van de socioloog Marcel Mauss, Essai sur le don. Mauss laat zien dat de uitwisseling van geschenken in primitieve gemeenschappen aan strenge regels onderworpen is. Wat op het eerste gezicht, 'in theorie', vrijwillig, belangeloos en spontaan gegeven lijkt te worden, blijkt bij nader inzien verplicht en gericht op eigen belang, blz. 147. Mauss heeft zijn studie gericht op de vraag hoe in primitieve en archaische gemeenschappen prestaties behoren te worden vergolden, en welke krachten bewerken dat de begiftigde zich verplicht voelt om een tegenprestatie te leveren. Hij onderscheidt drie verplichtingen: 1. om een geschenk te geven, 2. om een geschenk aan te nemen, en 3. om een gave met een eigen

drag hebben bestudeerd, leidt tot deze zelfde slotsom. Malinowski, die de Trobrianders bestudeerde, noemt reciprociteit de basis van de sociale structuur van deze Melanesische 'savage tribe':

'What perhaps is most remarkable in the legal nature of social relations is that reciprocity, the give-and-take principle, reigns supreme'.³⁰⁷

Homans concludeert op grond van onderzoek binnen kleine groepen in hedendaags Amerika eveneens geheel algemeen dat

'interaction between persons is an exchange of goods, material goods but also non-material ones, such as the symbols of approval or prestige'.³⁰⁸

Nog specifiek is Simmel:

'All external and internal motives that bind individuals together may be examined with respect to their implementation of the exchange which not only holds society together once it is formed but, in large measure, forms it'.³⁰⁹

Van wederkerigheid als 'universal phenomenon' en 'universales Prinzip sozialen Handelns'³¹⁰, is de wederkerigheid in juridische sfeer slechts één speciale uitdrukkingvorm, waarvan de overeenkomst de belangrijkste exponent is. Het onderscheid tussen 'social exchange' en contract, wordt, door sociologen, onder meer als volgt aangegeven:

'Social exchange differs in important ways from strictly economic exchange. The basic and most crucial distinction entails *unspecified* obligations. The prototype of an economic transaction rests on a formal contract that stipulates the exact quantity to be exchanged. The buyer pays \$ 30,000 for a specific house, or he signs a contract

→ gave te beantwoorden, blz. 161 e.v. Interessant is de constatering van Mauss dat economen en juristen zich vergissen wanneer zij menen dat de koopovereenkomst, die krediet mogelijk maakt, een hogere beschavingsgraad verraaft dan de ruilhandel van de primitieve stammen, waaruit de koop zou zijn voortgekomen. 'En fait, le point de départ est ailleurs. Il a été donné dans une catégorie de droits que laissent de côté les juristes et les économistes qui ne s'y intéressent pas; c'est le don, phénomène complexe (. . .) L'Évolution n'a pas fait passer le droit de l'économie du troc à la vente et celle-ci du comptant au terme. C'est sur un système de cadeaux donnés et rendus à terme que se sont édifiés d'une part le troc, par simplification, par rapprochements de temps autrefois disjoints, et d'autre part, l'achat et la vente, celle-ci à terme et au comptant, et aussi le prêt. Car rien ne prouve qu'aucun des droits qui ont dépassé la phase que nous décrivons (droit babylonien en particulier) n'ait pas connu le crédit que connaissent toutes sociétés archaïques qui survivent autour de nous', blz. 199/200.

307. Crime and Custom, blz. 47.

308. T.a.p. (noot 304) blz. 606. Curs. toegevoegd.

309. The Sociology, blz. 389.

310. Vgl. Röhl, FS Schelsky, blz. 463: 'Gegenseitigkeit ist ein universales Prinzip sozialen Handelns, das in den verschiedensten Formen des Tauschverkehrs vom primitiven Gabentausch bis zum modernen Konsensualvertrag noch immer unvermittelt wirksam ist. Diese unmittelbar wirksame Reziprozität ist das Vertragliche am Vertrag'.

that sum plus interest over a period of years. Whether the entire transaction is consummated at a given time (. . .) or not, all the transfers to be made now or in the future, are agreed upon at the time of sale. Social exchange in contrast, involves the principle that one person does another a favor, and while there is a general expectation of some future return, its exact nature is definitely *not* stipulated in advance. (. . .) Social exchange involves favors that create diffuse future obligations, not precisely specified ones, and the nature of the return cannot be bargained about but must be left to the discretion of one who makes it'.³¹¹

Het wezenlijke van de overeenkomst, dat wat Röhl 'das Vertragliche am Vertrag' noemt³¹², is de *bepaaldheid* (althans bepaalbaarheid) van de wederzijds verschuldigde prestaties. Hierin is het onderscheidend moment gelegen tussen wederkerige overeenkomsten, en sociale uitwisseling van stoffelijke en onstoffelijke goederen. Maar het zou onjuist zijn om hieruit te concluderen dat reciprociteit, wederkerigheid *als norm*³¹³, zoals die hier aan de orde is, gelijk is aan de wederkerigheid zoals die wordt begrepen wanneer gesproken wordt van wederkerige overeenkomsten. In dit laatste geval kan wederkerigheid als recht op een *bepaalde tegenprestatie*, grosso modo worden gelijkgesteld aan een bezwarende titel. Wederkerigheid als norm, houdt echter niet halt bij de wederkerige overeenkomst. Ook eenzijdige overeenkomsten zijn aan haar werking onderworpen, zij het dat de reciprociteitsnorm hier een buitenjuridisch karakter heeft. Röhl zegt het als volgt:

'Das Prinzip der Reziprozität findet sich im Vertragsrecht des bürgerlichen Gesetzbuches nur noch im genetischen und funktionalen Synallagma des Austauschvertrages. Alle anderen Vertragstypen werden juristisch nicht als Austauschverträge, sondern als ein- oder unvollkommen zweiseitig verpflichtende oder als unentgeltliche Verträge eingeordnet. *Die in den Lebensvorgängen auch hier immer noch vorhandene Reziprozität* spiegelt sich juristisch nur noch in der Forderung nach einer "causa", einem Rechtsgrund der Leistung, der vor der Rückforderung als "ungerechtfertigte Bereicherung" schützt'.³¹⁴

De eenzijdige overeenkomst, die *juridisch* slechts voor één partij een prestatieplicht tot gevolg heeft, wordt 'in den Lebensvorgängen', in het normale bestaan van mens tot mens, in zoverre als reciproque ervaren dat de presterende partij hiervoor, bij voorbeeld, dankbaarheid, of aanzien, of een toekomstige gunst, verwachten kan en zal. Zijn motivatie om 'om niet' te handelen zal steeds mede zijn bepaald door deze verwachtingen. Dit is cruciaal; hieronder zal daarop worden teruggekomen.³¹⁵ Juridisch vindt deze verwachting een fraaie neerslag in zowel de wet als in de jurisprudentie en in de literatuur. In het Duitse, Franse

311. Blau, Exchange, blz. 93.

312. Zie noot 310.

313. Vgl. noot 301.

314. FS Schelsky, blz. 460.

315. Zie onder nr. 16.

en Belgische recht bij voorbeeld, kan op grond van een *wettelijke bepaling* een schenking herroepen worden in geval van ondankbaarheid.³¹⁶ De Franse en de Amerikaanse *rechter* hebben onder meer 'verhoogd maatschappelijk aanzien op grond van vrijgevigheid' en 'posthume herdenking' als prestatie gekwalificeerd, zodat op het eerste gezicht niet bindende overeenkomsten alsnog behoorden te worden nagekomen.³¹⁷ Amerikaanse *rechtssociologen*, tot slot, hebben de consideration-eis³¹⁸ wel verworpen met de overweging dat deze het zicht op de reciprociteitsnorm verloren heeft doen gaan.³¹⁹ Met andere woorden: wanneer (vormloze) overeenkomsten alleen verbinden wanneer er aan twee zijden een prestatieplicht bestaat, verliest men uit het oog, dat ook de eenzijdige overeenkomst een, zij het buitenjuridisch, wederkerig karakter niet kan worden ontzegd.³²⁰ Het verschil met de wederkerige overeenkomst is daarin gelegen,

316. Par. 530 BGB, art. 955 Code civil, art. 955 BBW. Toegegeven kan worden dat de ondankbaarheid grove vormen moet hebben aangenomen alvorens daar in het civiele recht gevolgen aan worden toegekend. In art. 1725 BW is de term 'ondankbaarheid' dan ook terecht vervallen, daar wordt slechts vermeld dat een schenking kan worden herroepen (onder NBW wordt dat: vernietigd) 'in de volgende gevallen'. Niettemin is het tekenend dat in geval van schenking de verbinding met dankbaarheid wordt gelegd.

317. Voor een hele reeks voorbeelden uit de Franse jurisprudentie, zie Zweigert/Kötz II par. 6 III blz. 90 i.f. en blz. 91. Voor Amerika bij voorbeeld *Allegheny College v. National Chautauqua County Bank of Jamestown* 246 N.Y. 369, 159 N.E. 173 (1927). Dat het in dit soort gevallen duidelijk gaat om een kunstgreep omwille van het resultaat, verhoogt in dit verband slechts de illustratieve waarde. De vraag naar de grenzen van de *contractueel afdwingbare* reciprociteit, gesteld door Köndgen, *Selbstbindung*, 252 e.v., is overigens bepaald niet irrelevant.

318. In het Anglo-amerikaanse rechtssysteem is een vormloze afspraak slechts bindend wanneer er sprake is van consideration, dat wil zeggen dat tegenover de belofte van de een, een belofte moet staan van de ander met als inhoud 'something of value in the eye of the law', *Thomas v. Thomas* [1842] 2 Q.B. 851, 859. In de bovenstaande context is de omschrijving van Posner van het consideration-begrip een passende: 'The economist tends to think of the making and enforcement of contracts as part of the process by which goods or services are shifted from less to more valuable uses – that is, as part of the process of exchange. The counterpart in (Anglo-American) law to the economist's emphasis on exchange is the principle that promises are not enforceable unless supported by 'consideration'. This means, roughly speaking, that a promise will not create an enforceable contract unless it is made for something of value – goods, money, another promise, or whatever', *Gratuitous Promises in Economics and Law*, J. Leg. Stud. 6 1977, blz. 411. Het quid pro quo-beginsel is hier geïnstitutionaliseerd. Het betreft hier overigens een algemeen fenomeen: 'Überall auf der Welt finden wir die sehr verbreitete Einsicht, dass ein rechtlich verpflichtendes Versprechen üblicherweise gegen Entgelt, gegen eine Gegenleistung, gegeben wird. Eine Schenkung und ein unentgeltliches Versprechen dagegen sind etwas nicht Normales, und sie werden deshalb überall – wiewohl in verschiedener Weise – besonders behandelt', Zweigert/Kötz II blz. 84. Deze opmerking onderstreept het belang van het reciprociteitsbeginsel, dat hier zijn juridische vertaling vindt. Zie echter noot 320.

319. Zie Köndgen, *Selbstbindung*, blz. 253.

320. De schenking ligt op de scheidslijn van de juridische en de sociale uitwisseling. Zij heeft een been in beide sferen. Juridisch heeft de schenkingsovereenkomst bepaalde gevolgen, maar komt een tegenprestatie per definitie niet aan de orde; sociaal gezien – zo blijkt uit de (sociologische) literatuur – heeft de presterende partij echter altijd en overal ook in geval van schenking 'iets' terug verwacht. Vgl. noot 298. Het is echter de vraag of op deze grond het considerationbeginsel moet worden afgewezen. Er is op andere gronden heel wat meer in te brengen tegen de over-benadrukking van het considerationbeginsel. Zie voor een duidelijke stellingname ('no satisfactory reason for the existence of consideration can be found'), Chloros, *The Doctrine of Consideration*. Evenzo, in

dat in dit laatste geval de wederprestatie inhoudelijk bepaald is, en juridisch kan worden afgedwongen, in het eerste geval niet. Maar wordt niet 'terugbetaald', dan volgen 'reluctance' en 'refusal to help'.³²¹ Simmel merkt op:

'The equivalence of innumerable gifts and performances can be enforced. (. . .) But there are also innumerable other relations, to which the enforcement of the equivalence is out of the question. Here gratitude appears as a supplement. It establishes the bond of interaction, of the reciprocity of service and return service, even where they are not guaranteed by external coercion. Gratitude is, thus, a supplement of the legal form'.³²²

Wat door Walter Schmid wordt opgemerkt met het oog op de wederkerige overeenkomst, namelijk dat

'Eine Leistung wird erbracht um einer Gegenleistung willen'³²³,

kan worden verbreed tot een algemene vaststelling met betrekking tot de motivatie van (bijna³²⁴) alle menselijk handelen. Wie iets voor niets wil hebben, vermeldt Gouldner, wordt in een maatschappij als de onze – met een markteconomie en een sterk utilitaristische cultuur – beschouwd als gestoord, onvolwassen, als iemand waar iets niet mee in orde is. Zo iemand is of hebzuchtig, of naief.

'Reciprocity is the norm of the "realistic" world of work. Something for nothing is the ideal of the world beyond work, the world of fantasy and imagination. Something for nothing is the surrealism of the world of art'.³²⁵

gespierde taal, Lord Wright, Ought the Doctrine of Consideration to be Abolished from the Common Law? Harv. L. Rev. 1935-1936, blz. 1225 e.v. Een voorstander van de consideration toont zich daarentegen Atiyah, Rise and Fall, blz. 689: 'To abolish the doctrine of consideration today (. . .) would be an extraordinary reversal of an evolutionary process'. Op de gronden die Atiyah daarvoor aanvoert, kan hier niet worden ingegaan. Hij geeft ze wel, blz. 689. Zie over consideration voorts onder nr. 18.

321. Zie noot 303.

322. The Sociology, blz. 387.

323. Blz. 61.

324. Het zou niet juist zijn *alle* menselijk gedrag in termen van ruil te beschrijven. Zoals Blau, Exchange, blz. 89, opmerkt: 'People do things for fear of other men, or for fear of God or for fear of their conscience'. Ongetwijfeld worden mensen ook gemotiveerd door morele en ethische, geheel niet op eigenbelang gerichte overwegingen. Wat echter te denken van de opvatting van Ludwig von Mises, Human Action, New Haven 1949, blz. 196: 'Making one-sided presents without the aim of being rewarded by any conduct on the part of the receiver or of a third person is autistic exchange. The donor acquires the satisfaction which the better condition of the receiver gives to him'? Von Mises komt als econoom tot dezelfde conclusies als sociologen en psychologen: 'The exchange relation is the fundamental social relation. (. . .) The societal formula is: do ut des', waar hij dan aan toevoegt: 'Where there is no intentional mutuality, where an action is performed without any design of being benefited by a concomitant action of other men, there is no interpersonal exchange, but autistic exchange', t.a.p. blz. 195.

325. For Sociology, blz. 268.

Wanneer reciprociteit de norm van de 'werkelijke wereld' blijkt te zijn, kan daarvan in het recht — dwars tegen de beleavingswereld van de mens in — niet worden afgeweken.

16. Hoe verhoudt deze reciprociteit in het verbintenissenrecht zich tot het uitgangspunt van de partij-autonomie? In ieder geval als een beginsel van een andere orde. Partijen kunnen op grond van het autonomie-beginsel — dat valt terug te voeren tot de vrijheid en de waarde van de menselijke persoon³²⁶ — verbintenissen aangaan *indien zij dit willen*. Zij kunnen aldus het rechtssysteem openen.³²⁷ De (rechts)werkelijkheid wijst nu uit, dat mensen dit *doorgaans* willen wanneer, tegelijkertijd met de verplichting die zij op zich nemen, een juridisch relevante prestatie verschuldigd wordt aan de zijde van degene ten opzichte van wie zij zich verbinden.³²⁸ De verbintenis onder bezwarende titel is de normale, nu in de moderne maatschappij

'the most familiar field of regulation by private autonomy is that having to do with the exchange of goods and services'.³²⁹

De vrijheid om zich te binden wordt dus, in het normale geval, aangewend om te komen tot uitwisseling. Het blijkt echter, dat mensen zich ook willen verbinden tot een geven, doen of nalaten, zonder daar in juridische zin iets voor terug te ontvangen. Het feit dat deze handelingen *juridisch* kunnen worden gekwalificeerd als 'etwas nicht normales', als 'steriel', enzovoort³³⁰, en dientengevolge in de meeste rechtsstelsels ook aan bijzondere regelingen onderworpen zijn, is

326. Zie nr. 7. Vgl. Canaris, Vertrauenshaftung blz. 414: 'Die Privatautonomie hat ihren Grund anerkanntermassen in der Respektierung der Selbstbestimmung der Person und diese (. . .) wurzelt im Wert der Freiheit oder möglicherweise auch in dem der Würde des Menschen'.

327. Dit komt duidelijk tot uitdrukking in art. 3:33 NBW, dat luidt: 'Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard'. Zie voorts Bydliniski, Privatautonomie, blz. 126: '(. . .) das rechtsgeschäftliche Grundelement der willentlichen Selbstbestimmung (. . .) liegt bei der blossen *Möglichkeit* durch rechtsgeschäftliche Willenserklärungen Einfluss auf das Entstehen einer Obligation zu nehmen'. Canaris stelt, in navolging van Nipperdey, dat 'das Wesen des Rechtsgeschäfts in der In-Geltung-Setzung einer Regelung' gelegen is, blz. 419. Vgl. ook Köndgen, blz. 420: 'Rechtsgeschäftlich' im Savigny-schen Sinne bleibt im übrigen oft nur noch der 'Einstieg' in den Vertrag, der alsbald von nichtprivatautonom begründeten Pflichten aus zwingendem Vertragsrecht (. . .), aus Vertragsnuancen, aus Rollen- und Reziprozitätserwartungen regiert wird'.

Het is niet toevallig dat in de liberale Anglo-Amerikaanse cultuur, juist het positieve aspect van de autonomie — vgl. nr. 7 — steeds de volle nadruk heeft gekregen, zie Kühne, Vertrauensgedanke, blz. 263: 'Anders als das deutsche Recht hat das Common Law (. . .) die Privatautonomie im wesentlichen nur als Freiheit zur rechtlichen Bindung und Selbstgestaltung begriffen'. Eenmaal 'opengedaan' echter, gelden de regels van het spel, die voor allen rechtvaardig worden geacht. Vgl. noot 359 en bijbehorende tekst.

328. 'Consideration fits most normal cases in life', aldus Llewellyn, Yale L.J. 40 (1931) blz. 743. Vgl. ook Zweigert/Kötz II blz. 84: 'Eine Schenkung und ein unentgeltliches Versprechen sind (. . .) juristisches etwas nicht normales'.

329. Fuller, Colum. L.Rev. 41 (1941) blz. 809.

330. Vgl. Fuller blz. 815: 'While an exchange of goods is a transaction which conduces to the production of wealth and the division of labor, a gift is, in Bufnoir' words, a 'sterile transmission'.

in dit opzicht irrelevant: de autonomie laat ruimte tot het aangaan van zowel wederkerige als van eenzijdige overeenkomsten.

Hieruit volgt, dat reciprociteit een aan de autonomie *ondergeschikt* fenomeen is.³³¹ Beide – autonomie en reciprociteit – zijn wezenlijk voor het overeenkomstenrecht, maar zij verhouden zich tot elkaar *als oorzaak tot gevolg*: de autonomie blijkt als regel te worden aangewend om te komen tot uitwisseling van goederen en diensten. We hebben hier te maken met de (voornaamste³³²) *functie* van het contract.³³³ Bydinski³³⁴ brengt, haarscherp, de verhouding tus-

331. Dit geldt ook voor het Anglo-amerikaanse recht, al kan dit door het zware accent op de consideration enigszins aan het zicht onttrokken worden. Consideration (vgl. noot 318) is echter in feite niet anders dan een *bewijs* van de 'intention to create legal relations'. Niet mis te verstaan is Hamson, 54 L.Q.Rev. (1938) blz. 233: 'If it were clear when a party has formed an intention to incur legal obligation, if a person did commonly define the obligation he desired to assume in terms which left little doubt as to its nature, it would be unnecessary, and indeed merely foolish, to require an additional test of that intention' (in de vorm van consideration, BNI). Vgl. ook Chloros, in een paper dat 'was commissioned by the Law Commission and (...) published with their consent', The Doctrine of Consideration, blz. 158: 'It can be assumed that if the doctrine of consideration is abolished, the general principles of the English law of contract are sufficient to validate agreements. These will be valid if there is consensus ad idem'. Ook hier dus is de autonomie de spil van het overeenkomstenrecht. Zie van Amerikaanse zijde Fuller, in een essay gewijd aan consideration (noot 329) blz. 806: 'Among the basic conceptions of contract law the most pervasive and indispensable is the principle of private autonomy. This principle simply means that the law views private individuals as possessing a power to effect, within certain limits, changes in their legal relations'. Vanwege het ervaringsfeit dat mensen 'niets voor niets doen', kan consideration, wederkerigheid, als eenvoudige test dienen voor de vraag of er werkelijk rechtsrelaties gewild zullen zijn. Op blz. 809 schrijft Fuller echter; 'The principle of private autonomy is not, however, confined to contracts of exchange'. Maar in geval van handelingen om niet, moet de 'intention to create legal relations' op andere wijze blijken, namelijk uit het in acht nemen van een voorgeschreven vorm. Eerst komt de autonomie, dan de wederkerigheid.

Belangrijk in dit verband is ook Fuller's reactie, blz. 824, op de suggestie om de consideration-*eis* af te schaffen, die ook in 1941 al werd gehoord: 'The *problems* which the doctrine of consideration attempts to solve cannot be abolished'. In gelijke zin Eisenberg 1979 blz. 32, met betrekking tot de consideration: 'it is a vessel for a cluster of difficult and important issues that must be addressed by any mature legal system'. Deze zelfde moeilijke en belangrijke vraagstukken concentreren zich in de codelanden rond de figuren van wil en vertrouwen. In feite is er slechts sprake van een accentverschuif: 'Dass es sich hier in der Tat vielmehr um eine unterschiedliche Akzentuierung handelt, zeigt eine funktionell komplementäre Betrachtung beider Rechtsordnungen', Kühne, Vertrauensgedanke, blz. 263, naar aanleiding van autonomie en consideration.

332. Vgl. Beale, Contract, Cases and Materials, London 1985, die met betrekking tot de functie van de overeenkomst het volgende stelt: '... the central one is to support and to control the millions of agreementst that collectively make up the 'market economy', blz. 4. Als de kern van het overeenkomstenrecht worden aangeduid 'the commercial agreements between business and business, business and employee, business and consumer', blz. 5.

333. De overeenkomst heeft meerdere objectieven. Zie Beale, blz. 45 e.v. Vgl. ook Kronman, Yale L.J. (1980) blz. 472-511.

334. In een passage waar de kern van het door hem geëntameerde onderzoek als volgt wordt weergegeven: 'Beruht das Rechtsgeschäft auf der Anerkennung der Selbstbestimmung der Persönlichkeit – und das ist nicht zu bezweifeln –, wie sollte es dann möglich sein, einen Mensch *ohne* einen entsprechenden Geschäftswillen in rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen zu verstricken? Dient andererseits das Rechtsgeschäft als Instrument der Bedürfnissbefriedigung der verbindlichen Ordnung des zwischenmenschlichen Verkehrs – wie ebensowenig bezweifelt werden darf –, wie sollte dann die Möglichkeit rechtens sein, diese Verbindlichkeit und alle darauf beruhende Planung und

sen het een en het ander tot uitdrukking wanneer hij stelt dat de rechtshandeling enerzijds *berust* op de erkenning van de 'Selbstbestimmung der Persönlichkeit', anderzijds *dient* tot instrument van behoeftenbevrediging. Het is van groot belang deze beide begrippen aldus formeel van elkaar af te bakenen. Nieuwenhuis, die als eerste en enige in Nederland expliciet de grote betekenis van de wederkerigheid voor het overeenkomstenrecht aan de orde gesteld heeft³³⁵, heeft dit nagelaten, met als gevolg dat zijn leer aanvechtbaar is. Zijn theorie valt te vergelijken met de soutane van de (ouderwetse) pastoor, waarvan het bovenste knoopje bij het dichtmaken overgeslagen is. Het geheel ziet er overtuigend genoeg uit, alles 'sluit', maar de oplettende beschouwer zal aan hals en zoom met problemen worden geconfronteerd. Wat Nieuwenhuis als nieuw wenst toe te voegen

'aan het toch al rijkge vulde fonds van meningen omtrent de grondslagen van de contractuele gebondenheid',

namelijk dat de rechtvaardiging van contractuele gebondenheid ligt in *beginse-len* van contractenrecht, en dat zulks meebrengt dat de vraag kan worden ontlopen wat nu eigenlijk *de* grondslag van de contractuele gebondenheid is, berust op een onjuiste waardering van het rechtssysteem. Nieuwenhuis heeft het contractenrecht onderzocht binnen het kader van het contractenrecht, en heeft nagelaten het verbintenissenrecht als zodanig, en het vermogensrecht in het algemeen, in zijn rechesches te betrekken.³³⁶ Mij dunkt, dat hij als gevolg daarvan

Erwartung des Erklärungsempfängers dadurch zu verstören, dass man einen völlig unerkennbaren gegenteiligen Willen aufdeckt?', Privatautonomie, blz. 2.

Bydlinski legt in de loop van zijn onderzoek als de vier grondgedachten van het contractenrecht bloot: 'Der Gedanke der willentlichen Selbstbestimmung des einzelnen; der Gedanke der Verkehrssicherheit; der Gedanke der inhältlichen Äquivalenz der vertraglichen Leistungen und Rechtsstellungen; die ethische Kraft der Vertragstreue', welk laatste beginsel hij laat opgaan in de rechtszekerheidseis, blz. 122. Hij sluit dit onderzoek af met een toetsing van de blootgelegde beginselen aan 'ausgewählte Einzelfrage' als dwaling, rechtsverwerking, algemene voorwaarden, blz. 176 e.v.

335. Vgl. zijn causa-beginsel, diss. blz. 46, m.n. ook blz. 69 e.v. en vooral blz. 72.

336. Blz. 3. Zie voor een soortgelijke kritiek op de theorieën over het contractenrecht Barnett, A Consent Theory of Contract, Columbia Law Review 1986, blz. 269 e.v. Barnett merkt, sprekend over de 'will and reliance theories' op, dat deze 'attempt to explain contractual obligation in a theoretical vacuum', blz. 277. Hij stelt dat 'a proper understanding of contractual obligation and its limits requires an appeal to something more fundamental than the concepts of will, reliance, efficiency, fairness, or bargain', blz. 293. Hij plaatst het contractenrecht, zoals ook hier gebeurt, tegen de achtergrond van 'property rights, zie noot 25, door hem samengevat in het voor zijn theorie centrale begrip 'entitlements', i.e. het recht 'to use and consume resources (. . .) free from the physical interference of others', blz. 294. Van hieruit definieert hij het overeenkomstenrecht als 'a body of general principles and more specific rules the function of which is to identify the rights of individuals engaged in transferring entitlements', blz. 295. Hij waardeert de 'consent' van de persoon die rechten overdraagt, in de zin van 'consent to obligation', als 'the proper basis of contractual obligation'. Is deze toestemming slechts schijnbaar aanwezig, dan wordt het criterium aan de hand waarvan tot afdwingbaarheid van beloftes kan worden besloten, gezocht in 'consent to liability', blz. 316, waarmee hij 'a workable criterion independent of reliance itself to distinguish legally protected from legally unprotected reliance', beoogt te creëren, blz. 320.

de juiste stukjes van de 'wetenschappelijke legpuzzel'³³⁷, op de verkeerde plaats heeft neergelegd. Ik voeg enkele onder de tafel gevallen stukjes aan de puzzel toe. Want het belang van de reciprociteit an sich mag dan inmiddels duidelijk zijn, de vraag moet nog aan de orde komen wat de specifieke betekenis is van deze wederkerigheid *in het rollenspel van wil en vertrouwen* dat hier aan een analyse onderworpen wordt. In de doctrine is de reciprociteit de grote afwezige. De grondslag der gebondenheid wordt steeds opnieuw gezocht in wil, verklaring en vertrouwen³³⁸, ondanks het feit dat duidelijk is dat de theorieën hieromtrent geen van alle consequent en zonder correctie kunnen worden toegepast. Genoegen wordt genomen met een controverse in de theorieën, en bepalingen in de wet die afwijken van hetgeen een leerstellige toepassing van de verschillende theorieën zou meebrengen. De praktijk wijst uit, zo meldt een handboek, dat deze theorieën, mits met soepelheid gehanteerd, bijna steeds dezelfde bevredigende resultaten kunnen geven.³³⁹ Het verdient echter de voorkeur dat niet alleen de resultaten bevredigend zijn maar dat ook de theorie dat is. Zo lang dit punt niet is bereikt, zal de wetenschap daarnaar op zoek moeten blijven, en niet alleen om zichzelf wille maar ongetwijfeld óók omwille van de resultaten.³⁴⁰ Dát dit punt nog niet bereikt werd, kan echter niet werkelijk verwonderen wanneer de *sleutelpositie die de volstrekt buiten beeld gebleven wederkerigheid speelt*, eenmaal is onderkend. Zo lang het spel gespeeld wordt met één vierkante bal³⁴¹, blijft het behelpen. Het vertrouwen moet eruit, de wederkerigheid erin.³⁴²

Kan dit in ernst worden opgemerkt nu onweerlegbaar is wat Kühne vaststelt, namelijk dat

337. Vgl. Zwitser, diss. blz. 14, alwaar dogmatiek als wetenschappelijke legpuzzel wordt omschreven: 'Wanneer eenmaal het paradigma bepaald is, blijft over de taak om het gehele door het paradigma bestreken rechtsgebied te verklaren volgens de grondregels van het paradigma, een bezigheid die wij dogmatiek noemen, en die volgens Kuhn (De structuur van wetenschappelijke revoluties, 1969, blz. 52 e.v.) gelijkt op het invullen van een legpuzzel'.

338. In wezen geldt ditzelfde voor het Anglo-amerikaanse recht waar wil en vertrouwen zich manifesteren onder de naam van consideration (vgl. noot 331), en reliance. In Amerika en Engeland ligt men echter door de invulling van het relianceprincipe, zoals nog blijken zal, vele lengtes op ons voor, vgl. noot 352 en voorts onder nr. 18.

339. Zie voor dit alles Asser-Rutten-Hartkamp II, nr. 102, en de nrs. 97 e.v. voor een uitgebreid overzicht van de Nederlandse en Duitse theorieën met betrekking tot wil, verklaring en vertrouwen. Zie ook Zwitser, diss., hoofdstuk I; Bydinski, Privatautonomie, Erster Teil, voor Duitsland en Oostenrijk.

340. Het is aan de afwezigheid van een sluitende theorie te wijten, dat in het Nederlandse recht de chaos rond het zogenoemde nadeelvereiste kon ontstaan. Zie hierover Asser-Rutten-Hartkamp II, nr. 111 e.v. en de daar vermelde literatuur.

341. Zie Parl. Gesch. Boek 3 blz. 169 i.f. waar naar aanleiding van de vraag van de bijzondere commissie voor de herziening van het Burgerlijk Wetboek uit de Eerste Kamer of art. 3:33, — 'een meer op de wilsleer dan op de vertrouwensleer gebaseerde bepaling' — mede gelet op de kritiek van Van Dunné en Nieuwenhuis, gehandhaafd moet worden, het volgende wordt opgemerkt: 'Ondanks de pogingen tot een andere terminologie te komen (. . .) blijven ook bij voormelde schrijvers wil, verklaring en vertrouwen alle drie een hoofdrol spelen. Het is ermee als met het biljartspel. Men heeft drie ballen en een keu. Daarmee kan men op alle mogelijke manieren stoten, maar het blijft een spel met drie ballen en een keu'.

342. Vrij naar Nieuwenhuis, Uit de ban van hier en nu, rede 1980, blz. 89: 'de zakelijke overeenkomst erin, het vereiste van bezitsverschaffing eruit'.

‘Die Erkenntnis, dass Vertrauen innerhalb einer Rechtsordnung einen rechtsbildenden Faktor darstellt, (. . .) heute zum gesicherten Bestand unseres Rechtsbewusstseins gehören (dürfte)’?³⁴³

Ja en neen. Dat vertrouwen een factor is in het recht, kan niet worden ontkend.³⁴⁴ Dat het ‘rechtsbildend’ is, kan daarentegen niet worden volgehouden. Kan van de zuiver gevormde, op een rechtsgevolg gerichte wil worden gezegd dat hij – met uitzondering van gevallen van strijd met de wet e.t.q. – steeds tot geldige rechthandelingen leidt, van vertrouwen, ook van ‘gerechtvaardigd vertrouwen’, is dit volstrekt maar dan ook volstrekt onmogelijk. Dit wordt in letterlijk ieder betoog over het vertrouwen teruggevonden. Voor het Amerikaanse recht is opgemerkt:

‘A reliance theory does not specify which types of reliance merit protection and which do not’.³⁴⁵

Voor Duitsland is gesteld:

‘Notwendigerweise bleibt (. . .) die schon beschriebene Abgrenzungsproblematik erhalten, das haftungsbegründende vom unbeachtlichen Vertrauen zu trennen. (. . .) Ihm fehlt (. . .) jede Spezifität und Abgrenzungskraft.’^{345a}

En nog duidelijker vermeldt Eichler:

‘. . . es gehört zu den Grundlagen einer Rechtslehre vom Vertrauen, dass es nicht um seiner selbst willen geschützt wird, sondern nur in den von der Rechtsordnung gesetzten Grenzen. Ein absoluter Vertrauensschutz ist dem Recht fremd’.^{345b}

Voor Nederland kan nog eens verwezen worden naar Van der Heijden, die de zg. vertrouwensbescherming vanaf het eerste begin op imposante wijze heeft bestreden:

‘Waarom zou vertrouwen, dat een ander op mij vestigt, mij verplichten? Zeker zal niet elk vertrouwen dit vermogen. Daaruit blijkt reeds, dat het woord de kern der zaak niet aangeeft’.^{345c}

343. Vertrauensgedanke, blz. 261.

344. Het zou jaren vergen alles te lezen wat in het westen over het vertrouwensbeginsel in het recht geschreven is. Ik acht mij dan ook ontslagen van de verplichting een – per definitie ontoereikend – litteratuuroverzicht voor te leggen, in de overtuiging dat de lezer die op onderzoek uit gaat, maar al te spoedig alles in het werk zal moeten stellen om niet in zijn zelf aangelegde mer à boire te verdrinken.

345. Barnett, Harv. L.Rev. 97 (1984) blz. 1245, noot 74.

345a. Picker, Zwischen Vertrag und Delikt, blz. 420.

345b. Vom Vertrauen, blz. 18.

345c. RM 1928, blz. 34.

Voorts kan, van geheel onverdachte zijde, Nieuwenhuis worden opgevoerd. Het vertrouwen is, zoals gemeld, in zijn leer één van de drie beginselen die de geldige overeenkomst 'in mengverhoudingen' schragen kunnen. Nieuwenhuis stelt categorisch:

'Vertrouwen verdient bescherming!'.^{345d}

Deze mededeling wordt echter onmiddellijk ontkracht door de vraag die hij daarop in één adem volgen laat: Welke vorm van vertrouwen? welke vorm van bescherming? Vragen die op hun beurt weer worden gevolgd door de vaststelling dat 'voor zover' het recht gevolgen verbindt aan de aanwezigheid van vertrouwen, daarin varianten te onderscheiden zijn, terwijl de eisen die aan het te beschermen vertrouwen gesteld worden, in gewicht verschillen. Een overeenkomst, aldus Nieuwenhuis, is 'soms' geldig, ondanks de omstandigheid dat de ene contractant die gebondenheid niet werkelijk wilde, op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij. Hoe kan, dit alles zo zijnde, aan het vertrouwen nog enige beginselkracht worden toegeschreven? De conclusie moet zijn dat vertrouwen nu eens wordt beschermd, dan weer niet, afhankelijk van de omstandigheden. Dit rechtvaardigt de veronderstelling dat het rechtsvormend element niet in het vertrouwen ligt, maar zich bevindt *in die omstandigheden*. Daarin moet een constante te vinden zijn, zo mag de hypothese luiden, die – op gelijke voet met de op een rechtsgevolg gerichte wil – rechtsgevolgen in het leven roept. Vertrouwen is kennelijk in al die gevallen ook aanwezig, zo luidt verder de veronderstelling: als dit anders was zou niet overal van vertrouwensbescherming en van vertrouwen als bron van verbintenis enzovoort, gesproken kunnen worden. Wat is dan de rol van dit vertrouwen – dat zo op de voorgrond treedt – wanneer het geen rechtsvormende taak krijgt toebedeeld? Het antwoord ligt, nog steeds veronderstellenderwijs, voor de hand. Het vertrouwen van de wederpartij, in gevallen waarin de verklarende partij zich niet overeenkomstig haar wil uitlaat – om mij thans bij wijze van voorbeeld tot deze categorie van de zogenoemde vertrouwensbescherming te beperken – zal de *voorwaarde* zijn voor het totstandkomen van rechtsgevolgen bij afwezigheid van de autonome, op rechtsgevolgen gerichte wil. Immers, wie weet dat zijn wederpartij anders verklaart dan zij wil, kan geen aanspraak maken op rechtsgevolgen waarvan hij wéét dat ze niet zijn gewild – althans, in een systeem waarin autonomie uitgangspunt is. Hierover zegt Asser-Rutten-Hartkamp:

'Krachtige gronden pleiten voor de leer, dat de overeenkomst tot stand komt door de in verklaringen uitgedrukte wil van de partijen'.³⁴⁶

345d. Diss. blz. 66.

346. II nr. 102.

Elders is dit niet anders.³⁴⁷ Daarvan mag hier dan ook, als gegeven, worden uitgegaan.

Op grond van bovenstaande hypothese is het toegestaan het vertrouwen als rechtsvormende factor voorlopig tussen haakjes te zetten. Nu moet nog onderzocht worden of het op die, ondergeschikte, plaats ook blijven kan. Van Meijers is de opmerking, dat wil en vertrouwen niet tot een gemeenschappelijke wortel zijn terug te voeren.³⁴⁸ Meijers vond hierin geen aanleiding om het vertrouwen dientengevolge met wantrouwen te bezien³⁴⁹, en op zich is daar ook niet onmiddellijk reden toe: de wil is niet de enige bron van verbintenis. Ernstiger is echter, dat *het vertrouwen op zich evenmin valt terug te brengen tot de tweede wortel van het verbintenissenrecht: de onevenheid*. Gevonden werd immers, dat de verbintenissen uit overeenkomst – in beginsel – op toestemming (wil) berusten, de verbintenissen uit de wet uiteindelijk alle dienen tot herstel van onevenheid.³⁵⁰ In geval van ‘vertrouwen’ ontbreekt per definitie de toestemming³⁵¹, het is niet de wil van partijen die eventuele rechtsgevolgen in het leven roept. In geval van ‘vertrouwen’ is er echter niet, per definitie, sprake van onevenheid. Terwijl opgelegde verbintenissen als grond onevenheid *behoeven*, staat vertrouwen daar – in abstracto – los van. Hieruit kan maar één conclusie worden getrokken. Vertrouwen als bron van verbintenis, *kan logisch en systematisch niet in het rechtssysteem worden toegepast*.³⁵² De onevenheid is – zoals de wil

347. Zeer duidelijk Canaris, Vertrauenshaftung, blz. 413: ‘(es) ist von der unbestrittenen Tatsache auszugehen, dass das Rechtsgeschäft seiner Funktion nach das Mittel zur Verwirklichung der Privatautonomie ist. (. . .). Mann kann (. . .), will man sich nicht ausserhalb der Lehre von der Privatautonomie stellen, sinnvollerweise überhaupt nicht fragen, warum ein (mangelfreies) Rechtsgeschäft verbindlich ist’.

348. Algemene Begrippen, blz. 215.

349. Vgl. de art. 3.2.2/3.2.3 van het O.M. en de Toelichting, met name blz. 164. Zie ook hieronder, noot 362.

350. Zie hierboven nr. 4.

351. Er is wel opgemerkt dat in alle gevallen waarin een verbintenis uit overeenkomst tot stand komt, ook die waarin de ‘toestemming’ vlekkeloos is, niet de wil maar het vertrouwen de grondslag van de binding vormt. Vgl. Eggens, VPO 2 blz. 204/205. Zie voor Nederlandse en Duitse aanhangers van deze leer Smit, Grondslagen, passim. Voorts voor vindplaatsen Canaris, Vertrauenshaftung, blz. 412, noot 1. Deze opvatting heeft als absurde consequentie o.m. dat wanneer er geen vertrouwen is, er ondanks wilsovereenstemming geen overeenkomst tot stand zou komen. Zie voor voorbeelden en afwijzing van deze opvatting, Cohen, Basis of Contract, blz. 579/580.

352. Dit is feilloos aangevoeld door al diegenen die de aansprakelijkheid uit opgewekt vertrouwen ‘deliktueel van aard’ hebben genoemd. Hoewel deze benadering op zichzelf niet strookt met mijn opvatting, is de consequentie die zij meebrengt – nl dat er ‘schade’ moet zijn alvorens vertrouwen rechtsgevolgen heeft – volstrekt juist. Men zoekt – zonder zich van de oorzaken van zijn ongemak geheel bewust te zijn – aansluiting bij het systeem van het recht via de onrechtmatige daad. Meijers heeft het hieruit voortvloeiende probleem dat in zo een geval ‘schuld’ is vereist, weg moeten werken via de figuur van de gevaarzetting, vgl. noot 362. Wanneer, zoals hier, wordt aangenomen dat het het verbod van ongerechtvaardigde verrijking is dat zich verzet tegen aansprakelijkheid zonder ‘schade’ of ‘nadeel’ (verlegenheidsomschrijvingen bij gebreke van een juist zicht op waar het precies om gaat), laat de problematiek zich eenvoudiger hanteren. Vgl. voor het verband tussen vertrouwen en delikt als enigen uit velen, Meijers, VPO III blz. 81 e.v.; voor het Amerikaanse recht, Köndgen, Selbstbindung, blz. 67 en de daar vermelde literatuur; voor Duitsland, Von Bar 1982 blz. 637 e.v.; voorts Zwitser, diss. blz. 34 onder 2. In Engeland en Amerika zit de eis dat er meer moet zijn dan vertrouwen alleen, ingebouwd in de vertrouwensbescherming: ‘reliance’, in zekere zin ge-

dat is – rechtsgrond. Het is dit koppel dat exclusief de bronnen van verbintenis kanaliseert, en uitbreiding van de bronnen kan, logischerwijze, uitsluitend via slechts één van beide, de onevenheid, plaatsvinden. Althans, wil het verbintenissenrecht zoals wij dat kennen niet van zijn fundament worden gestoten. Het contract kon worden doodverklaard zonder gevolgen voor het systeem: wanneer de wil als bron droog valt, kan de onevenheid probleemloos zijn taak overnemen.³⁵³ Wanneer echter een nieuwe bron wordt aangeboord die met wil noch onevenheid in verbinding staat, is dat het einde van het klassieke verbintenissenrecht, zoals dat hierboven werd geanalyseerd. Het is niet zo, dat hiertegen hoe dan ook ten strijde moet worden getrokken, mogelijk is, dat het moment komt (is gekomen), waarop van dit oude verbintenissenrecht afstand genomen moet worden. Maar een dergelijke stap behoort bewust te worden gezet, en niet min of meer per toeval. Aan de indruk valt echter niet te ontkomen, dat dit precies is wat er is gebeurd. Het vertrouwen is als bron van verbintenis het recht binnengeslopen zonder dat de wachters aan de poort dit hebben gezien, sterker, terwijl zij ontkennen dat dit is gebeurd. Schoordijk is een van de zeer weinigen die met even zo veel woorden, naar aanleiding van Plas-Valburg en met het oog op precontractuele verhoudingen, stelt:

‘Naast het contract kennen wij reeds de quasi-contracten (bijv. onverschuldigde betaling, zaakwaarneming) en de onrechtmatige daad als bronnen van verbintenis. Daaraan moet nu als vierde bron toegevoegd worden, het vertrouwen als bron van verbintenis’.³⁵⁴

Dit wordt overwegend afgewezen³⁵⁵, het vertrouwen mag geen bron van verbintenis zijn zolang niet in enigerlei vorm het sacrale ‘ja ik wil’ is gesproken, het vertrouwen als bron mag slechts worden afgetapt via de erkende overeenkomst. Want merkwaardigerwijs blijkt er geen bezwaar te worden aangetekend tegen het vertrouwen als bron van verbintenis wanneer men evenmin wilde, maar wel de *indruk wekte dat men wilde* contracteren, zoals de jurisprudentie op art. 1356, 1 BW én art. 3:35 NBW, laat zien. De grens tussen het een en het ander is echter vaag en vloeiend, en ook veel minder principieel dan op het eerste ge-

lijkt te stellen met ons ‘gerechtvaardigd vertrouwen’, is per definitie vertrouwen-met-gevolg. Er wordt gesproken van detrimental reliance, injurious reliance, reliance damages etc. Duidelijk Eisenberg, 1979, blz. 18: ‘a relying promisee has suffered not merely disappointment, but an actual diminution of his estate’. Vgl. ook Chitty, par. 250: ‘in the absence of any such (detrimental, BNI) reliance it is hard to see why failure to perform a merely gratuitous promise should be regarded as giving rise to any legal consequences’. Zie voor deze figuur voorts onder nr. 17.

353. Vgl. Gilmore, *Death of Contract*, die het contract wil laten opgaan in de onrechtmatige daad: blz. 87: ‘we might say that what is happening is that “contract” is being reabsorbed into the mainstream of “tort”’. Until the general theory of contract was hurriedly run up late in the nineteenth century, tort had always been our residual category of civil liability. As the contract rules dissolve, it is becoming so again’. Het contract wordt weggevaagd maar ‘tort’ kan daarvoor slechts in de plaats treden wanneer er sprake is van een onevenheid die moet worden opgeheven, immers, zonder ‘schade’ geen ‘onrechtmatige daad’.

354. Onderhandelen, blz. 68. Vgl. HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723. Zie echter noot 487.

355. Vgl. *Contractenrecht II-D* (Blei Weissmann) nr. 799.

zicht lijkt.³⁵⁶ Schoordijk doet dan ook wezenlijk niet anders, dan de consequentie trekken uit een aanvaarde opvatting, en in zoverre zou tegen zijn stellingname geen verzet mogen rijzen. Een doctrine, die art. 3: 35 NBW aanvaardt, en dit artikel niet afwijst als een systeemvreemd element in het recht, heeft haar recht verwerkt te protesteren tegen het vertrouwen als bron van verbintenis in de precontractuele fase.

Naar mijn bevinding, moet bij *beide* opvattingen een vraagteken worden gezet. Het druist in tegen de rechtssystematiek om vertrouwen, hoe dan ook, als bron van verbintenis te erkennen, en dit zal op die grond dan ook niet aanvaardbaar zijn tot het moment waarop *bewust* met het oude systeem gebroken wordt.

Dit neemt, nogmaals, niet weg, dat het vertrouwen een belangrijke rol speelt wanneer aan niet-gewilde verklaringen – op welke grond dat dan ook zal blijken te zijn – niettemin rechtsgevolgen worden vastgeknoot. Het is daarvoor *conditio sine qua non*.³⁵⁷ Zeker zal het deze alomtegenwoordigheid zijn, die blind heeft gemaakt voor de ondergeschikte, zij het wezenlijke, rol van het vertrouwen als *voorwaarde* voor de totstandkoming van rechtsgevolgen die niet berusten op de autonome wil.

Wat zijn nu de consequenties van wat hier werd vastgesteld

I. Een overeenkomst – wederkerig zowel als eenzijdig – die berust op wils-overeenstemming van partijen, is geldig op grond van de door partijen uitgeoefende partij-autonomie. Dit is, zowel hier als elders, de heersende leer. In deze studie wordt er daarbij van uit gegaan, dat de hieruit voortvloeiende verbintenissen door het positieve recht slechts kunnen worden *erkend*; ze zijn gegeneerd in de individuele sfeer.³⁵⁸ Onmisbaar is echter de aantekening, dat partij-autonomie (uitsluitend) inhoudt, dat partijen er toe kunnen overgaan het rechtssysteem te openen. Zij willen rechtsgevolgen in het leven roepen. Maar is het contractenrecht ontsloten, dan geldt met betrekking tot die rechtsgevolgen niet meer alleen wat partijen hebben gewild. Bydlinski drukt dit scherp uit:

‘Die Privatautonomie im weiten Sinne musste (. . .) definiert werden als rechtliche Anerkennung der *Möglichkeit*, durch Willensäusserungen Rechtsfolgen herbeizuführen oder zu verhindern. (. . .).

Darüber darf man (. . .) nicht übersehen, dass das Rechtsgeschäft, einmal gesetzt, das künftige Verhalten der Beteiligten *verpflichtend* regelt, ihnen also insoweit die Möglichkeit der freien Selbstbestimmung *nimmt*’.³⁵⁹

Is het contractenrecht ontsloten, dan gelden de regels van het spel, die voor allen doelmatig en juist worden geacht. Was dit anders, wat zou überhaupt de zin

356. Vgl. Hoofdstuk III.

357. Dit behoeft wel geen betoog. Niet voor niets wordt overal van ‘vertrouwensleer’ gesproken. Vertrouwen is voor het intreden van rechtsgevolgen – bij afwezigheid van wil – steeds essentieel, zij het niet grondlegend.

358. Zie onder nr. 8.

359. Privatautonomie, blz. 68/69.

en de rechtvaardiging zijn van de bemoeienis *van het recht* met de particuliere partijverhouding die overeenkomst wordt genoemd. Recht is ordening; deze ordening staat voor de belangenbehartiging van alle leden van de rechtsgemeenschap. De particuliere wil stoot op een grens, namelijk daar, waar de belangen van allen – die zonder twijfel door de rechtsgemeenschap objectiever kunnen worden gewogen dan van de eenling die een overeenkomst sluit aangaande zijn eigen belangen verwacht mag worden – dat vergen. Het gaat in het overeenkomstenrecht – naast om hetgeen partijen willen – om het voorspelbaar en berekenbaar maken van menselijk gedrag, zodat zinvolle planning in het economische en in het persoonlijke vlak mogelijk wordt.³⁶⁰

De consequentie van dit alles is, dat in de overeenkomst particulier belang en algemeen belang ten sterkste met elkaar verknoopt zijn. De overeenkomst *berust* op de erkenning van de Selbstbestimmung, de partij-autonomie is bron van recht; zij *dient* – krachtens diezelfde autonomie! – tot instrument van behoeftebevrediging. Hierdoor hebben bij ‘de’ overeenkomst, ‘allen’ belang. Ik citeer hier nogmaals³⁶¹ Kessler/Gilmore:

‘... in large sectors of our social and economic life contract is no longer an individual and private affair, but a social institution affecting more than the interest of the two contracting parties. An analysis, therefore, of present-day contract exclusively in terms of volition and agreement does not do justice to contract as a social institution’.

Het hier door Kessler/Gilmore vastgestelde heeft vele, ingrijpende, gevolgen. Binnen het huidige kader voert het tot het volgende.

II. Een ‘overeenkomst’ waaraan geen initiële wilsovereenstemming ten grondslag ligt, kan ook een overeenkomst zijn. Deze valt niet terug te voeren tot de partij-autonomie. Gewoonlijk wordt, zowel hier als elders, het vertrouwen als substituut voor de ontbrekende partijwil opgevoerd. Maar het vertrouwen werd inmiddels als zodanig ontmaskerd en heeft een bijrol toegewezen gekregen.³⁶² Zodat de oorspronkelijke vraag zich opnieuw ter beantwoording aan-

360. Zie Bydliniski, Privatautonomie, blz. 150. Wat Eugen Ehrlich in 1913 opmerkt, is in essentie nog steeds juist: ‘Die gesellschaftliche Natur des Vertrages ist (...) ein Ausdruck dessen, dass er gesellschaftlichen Zwecken zu dienen hat. Er ist in allen seinen unübersehbaren Formen dazu da, um in der bürgerlichen Gesellschaft die sich auf Privateigentum an Grund und Boden, Arbeitsmitteln und Verbrauchsgegenständen aufbaut, die Gütererzeugung, den Güteraustausch und den Güterverbrauch zu regeln und zu ordnen. (...) Das ganze Privatrecht ist (...) ein Sozialrecht.’ Grundleitung der Soziologie des Rechts, München-Leipzig 1929, blz. 40/42.

361. Contracts, blz. 12. Vgl. noot 87 en bijbehorende tekst.

362. Hiermee is ook het probleem opgelost dat Bydliniski, blz. 138, aan de orde stelt: ‘Was rechtfertigt es, das Vertrauen des einen zu schützen und das des anderen zu enttäuschen? Das ist die Frage, auf die die Ordnungsaufgabe des Rechtes keine unmittelbare Antwort mehr zu geben vermag (...).’ Dat de rechtsorde met deze vraag moeite heeft, kan niet verwonderen nu de vraagstelling niet deugt. Meijers zegt: ‘Niet zo eenvoudig aan te geven is, waarom het recht er toe overgaat om in (...) geval (...) van het opgewekte vertrouwen (...) zonder dat de wil van de schuldenaar op een verbintenis gericht is, toch een verbintenis aan te nemen. En juist hier is het nodig het legislatief motief, de ratio iuris, goed te kennen, om daardoor geleid de vele vragen die op dit grensgebied rijzen en *waarbij be-*

dient. Waaraan ontlelen deze handelingen hun rechtskracht? Op grond van al het voorgaande rest nog als mogelijke bron: de onevenheid. En hier wordt de kwestie werkelijk brandend. Want ook onevenheid komt als grondslag niet in aanmerking. Daarvoor zou nodig zijn, dat onevenheid altijd zou volgen op ongeldigheid van een niet-gewilde 'rechtshandeling', zodat om onevenheid te voorkomen aan dit type rechtshandelingen geldigheid zou behoren te worden verleend, zoals ook de verbintenissen uit de wet hun ratio vinden in de onevenheid. Maar dit is niet het geval: onevenheid zal soms wel, soms niet, volgen, als bij niet op elkaar aansluitende wilsuitingen aan de niet door beide partijen (zo) gewilde rechtshandeling de geldigheid onthouden wordt. Gezocht wordt echter, zoals boven al werd opgemerkt, naar een constante die moet zijn terug te voeren tot één van de twee hoofdbronnen van verbintenis. Welnu. Bestudering van al die gevallen van Nederlands, Duits, Engels en Amerikaans recht, die laten zien dat probleemloos een volwaardige overeenkomst ontstaat ook zonder de – in beginsel overal noodzakelijke – wilsovereenstemming tussen partijen, leidt tot de conclusie, dat het hier steeds gaat om overeenkomsten waarbij partijen zich wederzijds verbinden tot het verrichten van prestaties; om overeenkomsten waarbij de ene partij zich verbindt met het oog op een wederprestatie van de andere partij.

De gezochte constante – en dat mag na het voorgaande nauwelijks verwonderen – *heet: reciprociteit*. Voor de bewijsvoering, die hier storend zou zijn, verwijs ik naar de volgende noot³⁶³, hier merk ik op, dat ook bij afwezigheid

→
grippen met vage omlijning als het opgewekt vertrouwen, eischen der redelijkheid enz. *ons slechts weinig kunnen baten*, tot oplossing te brengen', VPO III blz. 84, onder IV, curs. toegevoegd. Meijers zoekt de oplossing in de gevaarstelling. Wie in eigen belang een handeling verricht, waardoor het gevaar voor anderen verhoogd wordt, moet indien het gevaar inderdaad tot schade leidt, de schade vergoeden. Hij sluit aan bij art. 1401 BW: 'Op volkomen gelijke wijze als in de leer der onrechtmatige daad zich de gedachte van een aansprakelijkheid buiten schuld heeft baan gebroken, is dit ook in de leer der overeenkomst naspeurbaar', blz. 84 onder V. Het is duidelijk dat hier de band met het opgewekt vertrouwen, dat tot uitgangspunt diende, in feite doorgesneden is. Aan het vertrouwen dat altoos tussen een niet (zo) gewilde verklaring en het rechtsgevolg, een geldige overeenkomst, in geschoven wordt, wordt door Meijers nog slechts lippendienst bewezen, de facto is het geëlimineerd. Als het waar is – zoals hij stelt – dat, wanneer iemand in het contractenrecht zonder dit gewild te hebben aansprakelijk wordt gesteld, de grond van de gebondenheid in vele gevallen is gelegen in het feit dat hij het gevaar geschapen heeft van anders begrepen te worden dan hij heeft gewild, waarvan hij dan de gevolgen dragen moet, staat die gebondenheid (hoe men verder ook over deze door hem aangevoerde grond denken mag) in beginsel los van het 'opgewekte vertrouwen'. Meijers heeft dit juiste bevinden niet verder geconcretiseerd, integendeel. Ook voor hem is het vertrouwen weer de dragende grond, wanneer hij in het O.M. in de art. 3:33 en 3:35 voor gebondenheid aan rechtshandelingen de zg. dubbele grondslag creëert van wil én vertrouwen, zoals deze in het NBW terecht is gekomen: 'Artikel 2 (= 33, schr.) heeft betrekking op de geopenbaarde wil, artikel 3 (= 35, schr.) op het opgewekte vertrouwen als *grondslag* ener rechtshandeling', Parl. Gesch. Boek 3 blz. 164, curs. toegevoegd. Deze laatste opvatting staat merkwaardig haaks op zijn eerdere stelling dat het niet eenvoudig is aan te geven waarom het recht er toe over gaat in geval van opgewekt vertrouwen een verbintenis aan te nemen.

363. Ik kan op dit punt hier nog slechts grote lijnen schetsen en ik moet onvolledig blijven; het beeld wordt in het volgende hoofdstuk nader ingevuld. Dat de wederkerigheid essentieel is, blijkt voor Nederland voor het eerst expliciet in 1959 en met name met Eelman/Hin: 'bij de beoordeling van het al dan niet aanwezig zijn van de 'toestemming' (wordt) in de eerste plaats (. .) gelet op de eisen van het *rechtsverkeer*, welke althans voor overeenkomsten onder bezwarende titel verlangen dat ten

van wil een overeenkomst tot stand kan komen in geval van – grofweg – een bezwarende titel. Is er sprake van een handeling om niet, dan maakt zij bij afwezigheid van een op een rechtsgevolg gerichte wil, in welk rechtstelsel dan ook, nauwelijks een kans om als geldig te worden geaccepteerd.

→
aanzien van dengene die afgaat op een bij hem opgewekte schijn, het daardoor gerechtvaardigde vertrouwen wordt beschermd tegenover hem die dezen opriep', HR 11 december 1959, NJ 1960, 230. Was het vertrouwen de spil, de overweging zou een andere opbouw én een andere formulering hebben meegekregen. De Hoge Raad legt daarentegen, zij het in andere termen, een rechtstreeks verband tussen rechtsorde en reciprociteit. Zie ook Van Dongen/Van den Oetelaar, HR 15 mei 1959, NJ 1959, 516 (het probleem met betrekking tot reciprociteit is niet beperkt tot overeenkomsten, het kan ook een rol spelen bij de eenzijdige rechtshandeling, waar in feite de moeilijke problemen liggen; dit alles komt nog nader aan de orde, zie nr. 18). Vroege rechtspraak, vgl. noot 366, nam met betrekking tot gevallen van feitelijke onbekwaamheid een ander standpunt in. Dat de benadering van de Hoge Raad uit 1959 later plaats maakte voor een andere, vloeit voort uit het vooruitzicht op art. 3:35 NBW, maar dat niet alleen: de afwezigheid van een adequate theorie met betrekking tot wil, verklaring en vertrouwen, vgl. noot 339 en bijbehorende tekst, werkte de verwikkelingen rond bezwarende titel en nadeelvereiste in de hand. Ik kan daar niet op in gaan, zie Vranken, Mededelingsplichten, nr. 18 e.v.

Voor het Duitse recht is de materie in de eerste plaats neergelegd in de paragrafen 116-122 BGB. Daar wordt voor de discrepantie tussen wil en verklaring voor de hier behandelde gevallen de volgende regeling getroffen: in geval van feitelijke onbekwaamheid, par. 119 I 1, is de rechtshandeling vernietigbaar, dus, voorlopig, rechtsgeldig, ondanks het ontbreken van wil. In par. 122 wordt de nols de mogelijkheid geboden de rechtshandeling te vernietigen. Hij moet dan de wederpartij 'den Schaden (. . .), den der andere (. . .) dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut (ersetzen)'. Resultaat: het evenwicht tussen partijen wordt hersteld, en dat is waar het op aan komt. Een handeling om niet die zonder gevolg bleef, levert de fidens niets op, hoezeer hij ook vertrouwd op de verklaring van de ander. Belangrijk is ook het volgende. Niet alle oorzaken van discrepantie tussen wil en verklaring leveren een grond tot vernietiging op, vgl. Wolf, par. 4 II 1, Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts I blz. 95: 'Soweit ein Anfechtungsgrund nicht anerkannt ist, bleibt der Erklärende an seine Erklärung gebunden und hat die Folgen seines Irrtums selbst zu tragen'. Dit geldt met name het zg. Motivirrtum: een verkoper maakt bijv. fouten in de calculatie of maakt rekenfouten. Hij kan de overeenkomst niet vernietigen tenzij, natuurlijk, de wederpartij van deze fouten op de hoogte was of kon zijn: 'Eine Anfechtung lässt sich hier insoweit rechtfertigen, als der Gegner einen Rechenfehler sofort erkennen konnte und deshalb kein Vertrauensschutz verdient', blz. 100. In deze gevallen gaat het per definitie om handelingen onder bezwarende titel. Wat schenkingen betreft, hebben feitelijke onbekwaamheden vanwege de voor deze handelingen geldende vormvoorschriften weinig kans. Het begrip 'om niet' omvat echter heel wat meer dan alleen schenkingen, ook in commerciële context doemt het probleem: 'vertrouwen om niet', in soorten en maten op. En daar zitten de werkelijke moeilijkheden. Zie nr. 18. Voor het Anglo-amerikaanse recht geldt een afwijkende constructie die met betrekking tot de resultaten niet wezenlijk afwijkt van het Nederlandse en het Duitse systeem. De consideration (= wederkerigheids-eis), is een van de essentialia van de vormvrije overeenkomst. Is er consideration, dan is het moeilijk om op grond van een van de wil afwijkende verklaring tot vernietiging van de overeenkomst te komen: 'If you behave in such a manner as to lead me reasonably to believe that you are making an offer to enter into a certain contract and I accept, there is a contract even though, in fact, you did not intend to make an offer at all', Smith & Thomas, A Casebook on Tort 1987, blz. 87. Recente jurisprudentie vermeldt: '... it is contrary to the well established principles of contract law to suggest that the offeror under a bilateral contract can withdraw an unambiguous offer, after it has been accepted in the manner contemplated by the offeror, merely because he has made a mistake which the offeree neither knew nor could reasonably have known at the time when he accepted it. (. . .) provided only that the offeree has given sufficient consideration for the offeror's promise, (. . .)', Centrovincial Estates PLC v. Merchant Investors Assurance Co. Ltd., vgl. Smith & Thomas, blz. 99. Vgl. ook Kühne, Vertrauensgedanke, blz. 262.

Nu is wel duidelijk, dat reciprociteit zelf geen bron van verbintenis kan zijn. Zij heeft met het vertrouwen gemeen, dat zij niets met partijwil en niets met onevenheid van doen heeft, en dus *als bron* evenmin als het vertrouwen past in het systeem van het recht. Maar in tegenstelling tot wat van het vertrouwen gezegd kan worden, is de wederkerigheid moeiteloos in het rechtssysteem in te passen en daarmee terug te voeren tot een van de twee bronnen.

Ik grijp terug op wat reeds eerder aan de orde kwam.

Tegenover verbintenissen die door het recht worden *erkend*, staan die verbintenissen die aan het recht hun *ontstaan danken*.³⁶⁴ In dit verband moet in de eerste plaats aan de verbintenis uit de wet worden gedacht, maar daaraan niet alleen. Naast de wil van het individu, oefent de 'sociale wil' invloed uit op de overeenkomst. Niet slechts wat betreft de rechtsgevolgen van de op partij-autonome wijze tot stand gekomen overeenkomst – waarop met name wordt bedoeld wanneer wordt gesproken van het contract als 'social institution', als 'Sozialakt'³⁶⁵ – maar ook op de totstandkoming daarvan. Reeds Van der Heijden bracht, met betrekking tot de hier aan de orde zijnde problematiek, zij het in beperkter kader³⁶⁶, een verhelderend onderscheid aan met betrekking tot de totstandkomingsmomenten van de overeenkomst: hij sprak van het individuele en van het sociale moment. Zo treden uit de autonomie twee aspecten naar voren: behalve van partij-autonomie, kan legitiem gesproken worden van 'Sozial-autonomie'.³⁶⁷ Wat men van deze terminologie ook denken mag, zij geeft in elk

→ In het Anglo-amerikaanse systeem omvat 'mistake' behalve gevallen van eigenlijke dwaling ook gevallen van misverstand, vergissing, verschrijving enzovoort. De resultaten die hier in de jurisprudentie worden bereikt, verschillen niet wezenlijk van de Nederlandse en de Duitse, vgl., algemeen, Treitel, hfdst. 8 en m.n. blz. 231 sub 3 (1), en in het bijzonder met betrekking tot misverstand, Farnsworth, par. 7.9. Het is weer Atiyah die zich tegen deze benadering verzet: 'Why should an offeree be entitled to create legal rights for himself by the bare act of acceptance when he has in no way relied upon the offer before being informed that it was made as a result of a mistake and did not in reality reflect the intention of the offeror?' 102 L.Q.Rev. (1983) blz. 368.

Een vergelijkbaar standpunt verdedig(d)en o.m. Scholten en Nieuwenhuis, toen zij óók aan de overeenkomst onder bezwarende titel de nadeeleis wilden verbinden, zie noot onder HR 29 november 1974, NJ 1975, 212, en WPNR 5431-5432 (1976) m.n. blz. 186. Hoe dit alles ook zij, ook in Engeland en de USA beginnen de werkelijke problemen pas in een verder gelegen vlak, zie onder nr. 18.

364. Zie onder nr. 4.

365. Schmidlin, Zeitschrift für schweizerisches Recht, 1970, blz. 226: 'Die Willenserklärung, der Kern der traditionellen Rechtsgeschäftslehre, macht einen tiefgreifenden Funktionswandel durch. Immer klarer tritt ihre eigenartige Ambivalenz zwischen dem persönlichen Bereich willentlicher Selbstgestaltung und dem ganz anders gelagerten sozialen Bereich, in den sie eingreift, hervor. Die Willenserklärung (. .) ist auch, und vor allem, ein Sozialakt (. .)'.

366. RM 1928, blz. 27, 30, 41. In beperkter kader: als Van der Heijden komt tot de vaststelling, blz. 40, dat 'als wilsverklaring (. .) niet alleen (geldt) de werkelijke verklaring van den werkelijken wil, maar ook de toerekenbare schijn daarvan', zondert hij daarvan onder verwijzing naar de rechtspraak uit, verklaringen gegeven in scherts, dronkenschap, simulatie, vergissing, blz. 35. Hij bouwt zijn stelling op een analyse van de twee vertegenwoordigingsarresten uit 1926, Vas Dias/Salters, HR 6 mei 1926, NJ 1926, 721, en Altena/Van der Horst, HR 18 juni 1926, NJ 1926, 1021. Waar Van der Heijden ophoudt, begint het probleem pas: in welke gevallen is 'toerekenbare schijn' gelijk te stellen met de werkelijke verklaring van de werkelijke wil? Maar Van der Heijden heeft in elk geval in 1928 de uitgangspunten met betrekking tot de gehele problematiek indrukwekkend geanalyseerd. 367. Vgl. Schmidt 1980, blz. 153, van wie ik deze term leen voor eigen doeleinden. Schmidt geeft zijn opstel de ondertitel 'Vorläufige Gedanken zur abnehmenden Gestaltungskraft konventioneller

geval adequaat weer, waar het om gaat. Overeenkomsten die wat hun ontstaan betreft niet ontspringen aan de bron van de individuele wil, vloeien voort uit de wil van de rechtsgemeenschap.

Maar evenmin als het de individuele wil vrij staat om verbintenissen *aan te gaan* van welke inhoud dan ook, staat het de rechtsgemeenschap vrij om welke verbintenis dan ook *op te leggen*. Ook de sociale wil vindt haar grens in de rechtsorde. Zo kan van het vertrouwen worden gezegd, dat het in zijn consequenties in strijd komt met het systeem van het recht. Het kan niet alleen geen zelfstandige bron zijn, het kan om die reden óók niet tot de bron van de sociaal-autonomie worden terug gebracht. Met de wederkerigheid ligt dat fundamenteel anders. De uitwisseling van vermogensbestanddelen – die óók wordt bereikt wanneer een wederkerige overeenkomst niet (volledig) op de toestemming van partijen berust – kwam reeds naar voren als de ratio zelf van het overeenkomstenrecht. Dat de betekenis hiervan niet hoog genoeg kan worden gewaardeerd, blijkt op frappante wijze uit wat Van den Brink zegt in een verhandeling over de oorsprong van het Romeinse contractenrecht:

‘. . . de duitse egyptoloog Erwin Seidl (is) gekomen tot de formulering van het *Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit*: aan het oud-egyptische recht zou de gedachte ten grondslag liggen dat geen prestatie rechtsgeldig is als niet een evenwaardige tegenprestatie daartegenover staat. (. . .) Dit *Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit*, dit reciprociteitsbeginsel, speelt niet alleen in het oud-egyptische recht een rol; ook in andere antieke rechtsstelsels, in het germaanse recht en in primitieve rechtsstelsels zijn sporen van dezelfde gedachte aangetroffen’.³⁶⁸

In de Middeleeuwen werd dit kernachtig uitgedrukt door Connan:

‘Il y a contrat, parcequ’il y a échange de prestations’.³⁶⁹

Het huidige Anglo-amerikaanse recht is van dit adagium in feite een echo: er is pas sprake van een (vormvrije) overeenkomst, als er sprake is van consideration, dat wil zeggen van wederzijdse prestatieplicht in de vorm van

‘something of value in the eye of the law’.³⁷⁰

juristischer Dogmatik im Privatrechtssystem’ mee, en bespreekt met name de overgang van een liberale maatschappij naar een sociale verzorgingsstaat en de gevolgen daarvan op het privaatrecht: ‘Ein allgemeines Privatrecht, das diesen Namen wirklich verdienen will, muss sich vornehmlich der Belange der Allgemeinheit annehmen, und die besteht in unserer Gesellschaft nun einmal überwiegend aus Arbeitnehmern und Verbrauchern’, blz. 156. Zie ook Henke 1980 blz. 369 e.v., en voorts Reinhardt, FS Schmidt-Rimpler, blz. 132: ‘Zum modernen Privatrecht gehört der Gedanke der Sozialpflichtigkeit aller Rechte und Freiheiten. Das gilt für das Eigentum im Prinzip genau wie für die Freiheit, Verträge zu schliessen.’

368. Lof der Historie, Opstellen over geschiedenis en maatschappij, Rotterdam 1973, blz. 89.

369. Zie Poughon, Histoire de l’Échange, Paris 1987, nr. 138.

370. Vgl. noot 318.

Wanneer dit doel – uitwisseling – bereikt wordt, voldoet de overeenkomst aan haar meest fundamentele functie; van geldigheid zonder wilsovereenstemming kan in dat geval worden gezegd, dat zij volmaakt past in het systeem van het recht. Dit kan nog anders, en zuiverder, als volgt worden uitgedrukt: geldigheid ligt in deze gevallen *in het verlengde van de partij-autonomie*, nu deze normaal gesproken op uitwisseling gericht is. Binding in geval van reciprociteit bij afwezigheid van wil en in aanwezigheid van vertrouwen op de verklaring van de nolens, wordt op deze wijze losgekoppeld van de zg. ‘Selbstbestimmung’, ‘Selbstverantwortung’, het risico voor afgelegde verklaringen, de ‘delictuele verantwoordelijkheid’, en andere soortgelijke verklaringen die voor zg. vertrouwensbescherming gegeven worden.³⁷¹ Het is alles wellicht eenvoudiger. De reciprociteit, die als vóór-juridisch gegeven wezenskenmerk is niet alleen van het overeenkomstenrecht maar van het menselijk samenleven, zal noodzakelijkerwijs ook weer als impuls tot uitbouw van het overeenkomstenrecht zijn rol vervullen.

Dit is een ‘wet’, die voor alle grondbeginselen geldt, zoals hierboven eerder met betrekking tot de ongerechtvaardigde verrijking werd vastgesteld.³⁷²

III. In beginsel is, zoals thans duidelijk mag zijn, in het rechtssysteem geen plaats voor verbintenissen die niet berusten op de wil van partijen noch een reciproque karakter vertonen. Een dergelijke ‘rechtshandeling’ is in tegenspraak met het ervaringsfeit, dat menselijk handelen ruilhandelen is. Haar ontbreekt elke rechtvaardiging, nu wil en onevenheid ontbreken, zij druist daarentegen in tegen de rechtsorde. Het rechtsverkeer heeft er – zoals wel het geval is wanneer er sprake is van een wederkerige overeenkomst – geen belang bij deze ‘steriele’ handeling te sauveren, integendeel, wanneer zij voor geldig werd gehouden, zou ongerechtvaardigde verrijking worden gesanctioneerd. Het feit dat ‘gerechtvaardigd vertrouwen’ werd gewekt, vermag allerm minst hier verandering in te brengen. Hoe immers zou vertrouwen het *scheppen* van onevenheid³⁷³ recht-

371. Zie voor de gedachte van de deliktuele aansprakelijkheid, aangehangen door Meijers, noot 362. Schut, Rechtshandeling, blz. 7, komt tot de vaststelling dat ‘de wederpartij (. . .) mij aan mijn belofte (mag) houden in zover zij er op mag vertrouwen dat ik mijn belofte nakom. Trouw aan en vertrouwen op het gegeven woord vormen aldus te zamen de grondslag van de gebondenheid’. Vgl. voor Nederlands voorts noot 339 en de bijbehorende tekst. Voor opvattingen in de Duitse doctrine vgl. Bydlinski, Privatautonomie, blz. 114 e.v. Bydlinski opteert voor de risico-gedachte in aansluiting op het principe van de Selbstbestimmung, blz. 145, waaruit voortvloeit dat aan de zijde van de verbondene op zijn minst sprake moet zijn van ‘adäquater Verursachung’, blz. 157. Canaris, Vertrauenshaftung, noemt aansprakelijkheid op grond van gewekt vertrouwen het ‘Korrelat der Partei-autonomie’, blz. 439. Hij brengt, als weinigen, een principieel onderscheid aan tussen autonomie en vertrouwen en verdedigt de opvatting dat Vertrauenshaftung een aansprakelijkheid ex lege is, en niet ex voluntate, blz. 428, zie ook blz. 432. Zijn Vertrauenshaftung blijft echter een aansprakelijkheid waarin zich ‘die gesteigerte Selbstverantwortung, die mit der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsfreiheit verbunden ist’ concretiseert, blz. 442, zij is ‘Haftung kraft Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr’, blz. 443. Zie met betrekking tot de verschillende Duitse theorieën Köndgen, Selbstbindung, blz. 97 e.v.

372. Vgl. noot 271.

373. Een eenvoudig voorbeeld. Wanneer Oom, niet compos mentis zijnde, met Neef overeenkomt hem vijfduizend gulden te betalen voor een studiereis naar Amerika, zou onevenheid worden ge-

vaardigen, wanneer het gehele stelsel van het verbintenissenrecht er op is gericht onevenheid te *voorkomen*.

Concluderend

Voor het vertrouwen als 'bron van verbintenis', als 'grondslag van de rechtshandeling', valt geen houvast te vinden in het systeem van het recht. Vertrouwen is, op zich, een lege huls, het mist onderscheidend vermogen³⁷⁴, het is een 'juristisches Nichts'.³⁷⁵ Slechts wanneer – het zij met nadruk, en vooruit lopend op wat komen gaat, gesteld – slechts wanneer op grond van het gewekte vertrouwen gevolgen in het leven zijn geroepen, zodat – in welke zin dan ook – *onevenheid zou ontstaan* wanneer de rechtshandeling haar geldigheid werd ontzegd, slechts dan ontstaat de mogelijkheid van aansluiting van deze handelingen bij het systeem van het recht zoals wij dat thans kennen.³⁷⁶

creëerd wanneer Oom, zonder ooit de intentie tot schenking te hebben gekoesterd, gedwongen zou kunnen worden tot nakoming, met andere woorden, zijn vermogen met vijfduizend gulden zou zien verminderen zonder dat daar iets voor in zijn vermogen terug zou vloeien. Zolang Neef niets heeft ondernomen, geen tickets heeft gekocht, of een hoog collegegeld heeft betaald in vertrouwen op de wilsverklaring van Oom, is hij slechts een illusie armer wanneer de rechtshandeling van Oom als ongeldig wordt gekwalificeerd. Oom echter zou, ware dit anders, in zijn vermogen *tekort worden gedaan*, nu er geen legitimatiemoment aanwezig is in de vorm van een schenkingsdoel of een economisch doel, noch in de vorm van herstel van onevenheid, vgl. hierboven nr. 8 en met name de tekst bij noten 147 en 148. De casus is ontleend aan *Devecmon v. Shaw*, 69 Md. 199, 14 A. 464 (1888), met dien verstande dat daar niet de wil, doch de voorgeschreven vorm ontbrak. Aan Neef werd, na zijn Europese reis, zijn vordering tegen de executeurs van Oom toegewezen. De ondernomen reis werd als 'sufficient consideration' gekarakteriseerd.

374. En is dientengevolge juridisch als zodanig onbruikbaar. Ook Köndgen stelt dit vast: 'Vertrauen (. . .) ist ein ubiquitäres sozialpsychologisches und soziales Phänomen. Die Alltagssprache reflektiert diese Ubiquität von Vertrauen: Man vertraut einem Freunde; man setzt Vertrauen in die Wahlversprechen der Regierung und man vertraut auf die Pünktlichkeit der Eisenbahn; (. . .) Das eine solch vielseitige Verwendbarkeit den Begriff Vertrauen nicht gerade zum technischen Rechtsbegriff prädestiniert, versteht sich', *Selbstbindung*, blz. 115. Köndgen vervangt op deze grond voor eigen gebruik de term vertrouwen door 'legitime Erwartung', blz. 116.

375. Met een variatie op Schlossmann, die deze kwalificatie, *Der Vertrag*, München 1876, meegaf aan de overeenkomst gebouwd op de wilsovereenstemming van partijen, blz. 165.

376. Intuïtief heeft men dit, tot het NBW roet in het eten kwam strooien, ook steeds zo ervaren. De Hoge Raad heeft vertrouwen beschermd in gevallen van bezwarende titel en in gevallen van 'nadeel', zie de jurisprudentie bij Asser-Rutten-Hartkamp 4 II onder nr. 111 e.v., totdat men ging anticiperen op art. 3:35 NBW, waarin is vastgelegd dat louter vertrouwen voldoende grond oplevert voor het ontstaan van rechtshandelingen. Dat 'nadeel', zoals ook gebleken is, een ongelukkig criterium vormt, doet niet af aan de gezonde gedachte die aan deze eis ten grondslag lag.

II. Waarom het fait accompli de plaats van het vertrouwen behoort in te nemen

'... toute vie consiste à éliminer le passé et à s'assimiler l'avenir en même temps qu'à appuyer l'avenir sur le passé'.

R. Savatier³⁷⁷

17. Waaruit ontstaan verbintenissen? Uit overeenkomst en uit de wet, aldus het oude art. 1269 BW. Dat is duidelijk, en juist. Toch vermeldt art. 6:1 Nieuw BW dat

'Verbintenissen ontstaan, indien dit uit de wet voortvloeit'.³⁷⁸

Van een klare vaststelling is een open beginselverklaring gemaakt. Daar is op zich niets tegen. De wetgever laat er mee zien dat hij het antwoord op de vraag waaruit verbintenissen ontstaan op dit moment niet paraat heeft, en dat hij toekomstige ontwikkelingen, tot op zekere hoogte, niet in de weg wil staan. Daar staat tegenover, dat met deze stellingname geen problemen worden opgelost. Wie wil kijken naar wat de rechters doen, hier en elders, kan zien waaruit verbintenissen ontstaan. Nog altijd uit overeenkomst en wet. Het probleem zit niet in deze tweedeling, het probleem zit in de overeenkomst. De vraag waar alles om draait is: waaruit ontstaan overeenkomsten? Het antwoord op *die* vraag is inderdaad niet eenvoudig meer te geven.

Mooi en eenvoudig was het contractsbegrip in de vorige eeuw.³⁷⁹ De overeenkomst was gewikkeld in de vlag van vrijheid en gelijkheid, nieuw afgedwongen van de staat. In het contract, zegt Savatier,

*'les deux parties étaient sur le même rang, chacune y concourant avec sa liberté d'homme. Sans doute, il y avait, dès lors, à cette liberté, quelques réserves, formant la notion de l'ordre public. Mais l'ordre public de cette époque ne faisait guère que garantir et sauvegarder la liberté'.*³⁸⁰

377. Etudes Ripert I, blz. 91/92.

378. Het mag lijken dat hier slechts de ene beginselverklaring – die van art. 1269 BW, die het systeem van het verbintenissenrecht gesloten wilde houden – is ingeruild voor de andere – die van art. 6:1 Nieuw BW, die het systeem (beperkt) open heeft gewild. Deze benadering is misleidend. Mét art. 1269 BW is tevens de onderliggende gedachte, die tot uitdrukking kwam in de omstreden onderscheiding overeenkomst/wet, zie hierboven onder nr. 4, ten grave gedragen.

379. 'Elle était si belle et si simple, la notion du contrat dans le Code civil!'. Zo begint Savatier zijn *Métamorphoses*.

380. Blz. 6.

Esser/Schmidt heeft gesproken van een 'mangelnden Wirklichkeitsbezug' met betrekking tot deze gedachte, die in de vorige eeuw het privaatrecht in de hele westerse wereld beheerste.³⁸¹

'Die ideelle Gleichheit insinuiert eine zumindest annäherende Gleichmächtigkeit, die angesichts der stets zu beobachtenden höchst unterschiedlichen Zuordnung privaten Vermögens zu keiner Zeit vorhanden gewesen ist'.

Het staat te bezien of dit gebrek aan werkelijkheidszin een lang leven heeft gehad. Eind vorige, begin deze eeuw reeds, schroomde men niet de gevolgen van de hoge prioriteit die aan de partij-autonomie werd toegekend, onder ogen te zien. Maar ze werden op de koop toe genomen. Reinhardt spreekt van de

'Unbekümmertheit, mit der man im vergangenen Jahrhundert das Prinzip der Vertragsfreiheit anrief, um auch unsoziale Folgen als mehr oder weniger selbstverständliche Gegebenheiten des Rechts zu sanktionieren'.³⁸²

En inderdaad, onbekommerd, zo mag de vaststelling genoemd worden van de Amerikaanse rechter die in 1915 in een uitspraak opmerkt dat

'It is from the nature of things impossible to uphold freedom of contract and the right of private property without at the same time recognizing as legitimate those inequalities of fortune that are the necessary result of the exercise of those rights'.³⁸³

Hier wordt de ongelijkheid, waarvoor men reeds lang de ogen niet werkelijk meer kon sluiten, ondergeschikt gemaakt aan de vrijheid van de (fortuinlijke) enkeling. In feite ging men nog verder. In Engeland heette het in 1871:

'the question is not what a man of scrupulous morality or nice honour would do under such circumstances (. . .). Whatever may be the case in a court of morals there is no legal obligation on the vendor to inform the buyer that he is under a mistake, not induced by the act of the vendor'.³⁸⁴

De Amerikaanse variant van deze opvatting is nog openhartiger.

'If the diligent is not to be deprived of the fruits of his own superior skill and knowledge acquired by legitimate means, the law cannot afford to go to the romantic length of giving indemnity against the consequences of indolence and folly, or a careless indifference to the ordinary and accessible means of information'.³⁸⁵

381. Blz. 3/4.

382. FS Schmidt-Rimpler, blz. 116.

383. Pitney, J. in *Coppage v. Kansas* 236 U.S. 1 (1914), zie Kessler/Gilmore, *Contracts*, blz. 8 i.f. en Friedmann, blz. 125 noot 14.

384. *Smith v. Hughes* [1871] L.R. 6 Q.B. 597. De verkoper begreep, dat de koper dwaalde met betrekking tot de kwaliteit van de verkochte zaak en liet na hem over de ware stand van zaken in te lichten. De rechter stelde zich met bovenstaande uitspraak achter de verkoper op.

385. 2 Kent, *Commentaries* 485 (12th ed. Holmes, 1873), zie Kessler/Gilmore, *Contracts*, blz. 6.

De 'crisis in het overeenkomstenrecht' is, ten minste voor een deel, te verklaren vanuit deze opvatting over *het contract als recht van de sterkste*. In deze eeuw heeft langzaam maar zeker de gedachte veld gewonnen dat het niet de taak van het recht is de enkeling, slechts ingeperkt door soepele grenzen van openbare orde, de vrijheid te garanderen met wat hij heeft en kan, te handelen zoals hem dat uitkomt. Henke, in een opstel dat is getiteld 'Die Sozialisierung des Rechts'³⁸⁶), stelt vast:

'Die Entwicklung des Rechts in der Bundesrepublik zeigt seit Jahren ein deutliches Gefälle in der Richtung des sozialen Prinzips. (. . .). Das Motiv ist dabei stets die Meinung, dass wegen der Ungleichheit der Menschen eine freie Vereinbarung und primär private Durchführung des Rechts zwischen ihnen zum Nachteil des Schwächeren ausfallen und das staatliche Recht ihn vor solchem Nachteil schützen müsse'.

Dit moest logischerwijze leiden tot een andere opvatting over de autonomie van partijen, waardoor de overeenkomst in conflict raakte met zichzelf. Een crisis kon niet uitblijven. Deze speelt zich af op het scherp van de snede. De vraag is,

'wie sich die Gestaltung der Rechtsbeziehungen durch freie Einigung und die hoheitliche Gestaltung der Rechtsbeziehungen als komplementäre Grössen zueinander verhalten'.³⁸⁷

Overall wordt dit zo ervaren. Alpa zegt, dat de studies

'qui ont paru au cours de ces dernières années en France, traitant de sujets généraux de discipline du contrat, reflètent la dichotomie liberté-autorité, justice individuelle-justice sociale'.³⁸⁸

Feinman, tot slot, stelt vast³⁸⁹, dat het moderne overeenkomstenrecht een poging is om de problemen die de ineenstorting van het klassieke overeenkomstenrecht bewerkstelligden, op te ruimen. Hij wijst op de strikte scheiding die in het klassieke contractenrecht gemaakt werd tussen de overeenkomst als 'private ordering', waar partijen hun eigen wetten maakten, en de overige bronnen van verbintenis. Hij contrasteert deze oude opvatting met de huidige:

'Modern contract law (. . .) embodies two general contradictory patterns of analysis which organise the multitude of principles, policies, and arguments. One pattern is the heir to the individualist tradition of the classical image. It proposes a world of autonomous, freedom-seeking beings and a body of contract law which aids them in their search. The other pattern is its collectivist opposite. This pattern envisions a world of interdependent, cooperating actors and a body of contract law which encourages their cooperation'.³⁹⁰

386. Henke 1980, blz. 371.

387. Reinhardt, FS Schmidt-Rimpler, blz. 116.

388. Rev. int. dr. comp. 1-1985, blz. 12.

389. Feinman 1983, blz. 830.

390. Blz. 838.

De problemen in het overeenkomstenrecht zijn, zo mag men concluderen, voortgekomen uit wat Friedmann noemt

‘the growing gap between the early philosophy of contract and the reality of contemporary society’.³⁹¹

Deze realiteit vertoont een ‘Zug zur Sozialisierung’³⁹², waarbij de term in brede zin verstaan moet worden. In de twintigste eeuw leeft het ideaal van de ‘sociale rechtsstaat’, als een staat waarin de mens

‘niet alleen vrij is omdat de overheid geen dwang uitoefent, maar ook omdat *sociale en maatschappelijke oorzaken van onvrijheid niet op hun beloop worden gelaten*’.³⁹³

Het moderne overeenkomstenrecht staat voor de taak de ‘onsociale gevolgen’ aan te pakken van de oude opvattingen omtrent de aan de burger toekomende vrijheid zijn rechtsrelaties zelf vorm en inhoud te geven. Deze vrijheid komt in botsing met de feitelijke ongelijkheid van de staatsburgers.

Het moderne overeenkomstenrecht is, wezenlijk zij het moeizaam³⁹⁴, doende *deze ongelijkheid te neutraliseren*.³⁹⁵ Dit gebeurt, noodzakelijkerwijze³⁹⁶, met stukken en beetjes, waardoor het eens door zijn eenvoud zo fraaie uiterlijk van de overeenkomst een staalkaart van doorlopend toegepaste plastische chirurgie is geworden. Deze ingrepen hebben zich structureel voltrokken in het huurrecht, het arbeidsrecht, het consumentenrecht, om enige voorbeelden te noemen, en voorts op kleiner schaal via figuren als de regelingen met betrekking tot algemene voorwaarden en veranderde omstandigheden, informatie- en onderzoeksverplichtingen³⁹⁷, de toegenomen betekenis van de goede trouw bij

391. Blz. 124.

392. Henke 1980, blz. 369.

393. Hirsch Ballin, interview NRC Handelsblad, Zaterdag Bijvoegsel, 24 februari 1990.

394. Hier stoten we op een schier onoplosbaar probleem. Een *keuze* tussen liberalisme en socialisme is niet mogelijk. Ieder individu is tevens lid van de gemeenschap en heeft als zodanig evenveel belang bij ongebreidelde vrijheid als bij een inperking van het eigenbelang. Henke benadrukt, dat ‘das Gewicht des liberalen und des sozialen Prinzips nur relativ bestimmbar ist. Offenbar ist aus einer ursprünglich fraglosen Zugehörigkeit des Menschen zu seiner natürlichen oder kulturellen Umwelt ein zwiespältiges Verhältnis aus Freiheit und Selbstständigkeit einerseits, Angewiesensein und Zugehörigkeit andererseits entstanden und kann keine Seite auf Kosten der anderen vollkommen verwirklicht werden, weil stets ein Gewinn auf der einen mit einem Mangel auf der anderen Seite erkaufte wird’, blz. 373. Deze tweespalt, die ook de overeenkomst splitst, verklaart de moeizaamheid waarmee de diverse rechtssystemen op zoek zijn naar een hedendaagse overeenkomstenrecht dat – in contrast tot het zg. klassieke systeem – een evenwicht tussen beide polen bewerkstelligen kan.

395. Vgl. Esser/Schmidt, blz. 6 e.v. onder II.

396. De rechter die het systeem moet uitbouwen, is afhankelijk van de zaken die aan hem worden voorgelegd. Nieuwe wettelijke regelingen hebben meestal slechts betrekking op onderdelen van het recht, zoals de algemene voorwaarden, het huurrecht. De kans om een heel systeem te herzien – vgl. het Nieuw BW in ons land – doet zich zelden voor. Wat Nederland betreft is het bovendien gebleven bij een codificatie van geldend recht, het *systeem* is niet opnieuw doordacht.

397. In de vorige eeuw werd de contractant die een partij tabak kocht, voor de eigenaar wijselijk verzwijgend dat hij wist dat de prijs daarvan als gevolg van een vredesverdrag drastisch gestegen was, door de rechter om zijn slimheid gepezen. Zie Zweigert/Kötz II blz. 125. Vergelijk voor een moderne kijk op de problematiek, Vranken, Mededelingsplichten.

de totstandkoming en de uitvoering van overeenkomsten. Paradoxaal genoeg kan geconstateerd worden, dat bij het vernieuwen van de klassieke overeenkomst in feite het oude ideaal opnieuw wordt nagestreefd: gelijkheid tussen contracterende partijen, en dan deze maal niet alleen in naam.³⁹⁸ Wettelijke voorzieningen en rechtersrecht hebben tot resultaat gehad niet een herdistributie van goederen — daartoe is het privaatrecht niet de geëigende plaats³⁹⁹ — maar een herdistributie van 'bargaining power'. Daarbij gaat het niet alleen om individuele burgers die zich als zwakkere tegenover een sterkere geplaatst kunnen zien⁴⁰⁰, maar (vooral) ook om groepen van burgers.⁴⁰¹

Dit pogen de ongelijkheid tussen contractanten, daar waar deze aanwezig is, op te heffen, vormt één probleemveld binnen het moderne verbintenissenrecht. Het gaat hier om het streven naar *contractsgerechtigheid*⁴⁰², waaraan een maatschappij die de ogen daarvoor eenmaal zijn opengestaan, niet meer ontkomen kan. Dit heeft een crisiselement binnen het contract gebracht, maar dan van een type dat overal wordt onderkend⁴⁰³, en dat niet onbeheersbaar is gebleken.

18. Hiervan duidelijk af te bakenen is een *tweede probleemveld* dat zowel in Duitsland, Engeland en Amerika, als in Nederland kan worden aangewezen, maar dat plaatselijk zo van structuur verschilt, dat slechts de omstandigheid dat het hier en elders 'de vertrouwensleer' is waarmee men de problemen te lijf gaat, rechtvaardigt dat men ze als één categorie duidt. Het gaat om verbintenissen waarmee men geen raad weet omdat ze bij de overeenkomst noch bij de verbintenissen uit de wet zijn onder te brengen. Köndgen zegt hierover:

'Zwischen dem privatautonomen Vertrag und der deliktischen Zufallsbegegnung ist ein Geflecht von Schuldrechtsbeziehungen gewachsen, das weder unter dem alleinigen Regime des freien Willens noch unter dem Gebot des *neminem laedere* steht'.⁴⁰⁴

398. Honderd jaar na de Revolutie laat Anatole France in *Le Lys Rouge* een Fransman uitroepen: 'Autre motif d'orgueil, que d'être citoyen! Cela consiste pour les pauvres à soutenir et à conserver les riches dans leur puissance et leur oisiveté. Ils y doivent travailler devant la majestueuse égalité des lois, qui interdit au riche comme au pauvre de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain'. *Le Livre de Poche*, Paris, blz. 110/111.

399. 'Das Schuldrecht ist kaum der geeignete Ort zur relevanten Umverteilung des Volksvermögens', Esser/Schmidt, blz. 6. Zie ook hierboven onder nr. 14a.

400. Een voorbeeld uit velen, H.R. 1 juli 1977, NJ 1978, 125 (Ram/Matser). De Hoge Raad overweegt dat het 'bij de uitleg van een beding als het onderhavige in de eerste plaats aankomt op de zin welke de koper daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen en op hetgeen de verkoper te dien aanzien van de koper mocht verwachten'. Deze regel, die volstrekt op die ene, individuele contractant is toegesneden, mondt uit in een regel die een groep van contractanten tegen een groep van sterkeren beschermt: 'bij een door een professionele verkoper geredigeerd beding (ligt) voor de hand (. . .) onduidelijkheden in beginsel ten gunste van de niet professionele koper uit te leggen'.

401. 'Ein allgemeines Privatrecht, das diesen Namen verdienen will, muss sich vornehmlich der Belange der Allgemeinheit annehmen, und die besteht in unserer Gesellschaft nun einmal überwiegend aus Arbeitnehmern und Verbrauchern', Schmidt 1980, blz. 156.

402. Vgl. Zweigert, *Vertragsfreiheit*, blz. 493 e.v. Zie ook hierboven onder nr. 5.

403. Zie de citaten bij de noten 382, 386, 387, 388, 390.

404. *Selbstbindung*, blz. 419.

Ook Picker spreekt over

‘eine dritte Haftungsform zwischen Vertrag und Delikt’.⁴⁰⁵

Hij noemt dit een ‘unerforschtes Terrain’,

‘in dem Haftungsfiguren vagabondieren, die sich mangels einer plausiblen materialen Rechtfertigung der dogmatischen Erfassung entziehen’.⁴⁰⁶

Men doelt dan op gevallen als de volgende.

Een autohandelaar verkoopt een tweedehands wagen op naam en voor rekening van de eigenaar en wel ‘wie besichtigt und unter Ausschluss jeder Gewährleistung’. Op de vraag van de koper of de auto schadevrij gereden heeft, luidt het antwoord van een van de werknemers van het bedrijf positief. De auto heeft echter wel degelijk schade gehad in het verleden, maar het autobedrijf heeft dat niet geconstateerd omdat de verkoper, toen hem naar dergelijke schade gevraagd werd, heeft gezegd dat met de auto niets aan de hand is geweest. Het garagebedrijf heeft om die reden nagelaten de auto te inspecteren. Als de koper korte tijd later ontdekt dat de auto zware schade heeft gehad, spreekt hij de *vergegenwoordiger*, de autohandelaar, met succes aan ter verkrijging van schadevergoeding.

De uitgever van een blad waarin beursinformatie wordt verstrekt, werft abonnees met de mededeling dat de medewerkers van het blad een team van hooggespecialiseerde, ervaren experts vormen, en dat abonnees kunnen rekenen op zorgvuldig nagetrokken ‘Verdienstvorschläge’. Een door deze informatie gewonnen abonnee, lijdt later schade wanneer hij op grond van in het blad gepubliceerde informatie tot aankoop van aandelen overgaat. Hij claimt vergoeding van zijn schade en deze wordt toegewezen op grond van de gemaakte *reclame*, die maatgevend wordt geacht voor de prestatieverplichtingen van de uitgever.

In Nederland zal men deze uitspraken niet makkelijk als ‘Symptome einer Evolution des Vertragsdenkens’ kwalificeren, zoals Köndgen doet, aan wie beide voorbeelden ontleend zijn, noch zal men menen dat hierop

‘eine eigenständige, zwischen Vertrag und Delikt lozierte Kategorie der “Selbstbindung ohne Willenserklärung”

gebouwd worden kan.⁴⁰⁷ Beide casus kunnen hier te lande, indien aansprakelijkheid gewenst lijkt, moeiteloos bij de onrechtmatige daad worden onderge-

405. Zwischen Vertrag und Delikt, blz. 386.

406. Hij doelt op figuren ‘die mit den Schlagworten etwa von der Haftung für Auskünfte oder Werbeprospekte, von der Berufs- oder Sachwalterhaftung und – ganz generell – von den sog. Verkehrspflichten exemplarisch gekennzeichnet sind’, blz. 372.

407. Vgl. Köndgen, Selbstbindung. Voor de twee voorbeelden blz. 5 (met vindplaatsen), voorts blz. 6.

bracht.⁴⁰⁸ Ook in Duitsland wordt overigens wel geconstateerd dat het hier in wezen om delictuele aansprakelijkheid gaat.⁴⁰⁹ Deze vraagt echter vanwege de typische constructie van het Duitse onrechtmatige daadsbegrip om aparte categorisering.⁴¹⁰ Wat hier ook van zij, waar het nu om gaat is, dat het Duitse recht verbintenissen erkent, die niet in het (Duitse) traditionele systeem kunnen worden ingepast *en dat deze op de noemer van de Vertrauenshaftung worden samen gebracht*.⁴¹¹

De Engels/Amerikaanse problematiek onderscheidt zich duidelijk van de Duitse maar wordt daarmee vaak vergeleken⁴¹², vanwege het feit dat ook deze systemen een 'graue Zone'⁴¹³ kennen tussen overeenkomst en onrechtmatige daad waar 'het vertrouwen' de oplossing brengen moet. De rechtsfiguur waarmee de common law-landen dit probleem hebben aangepakt, heet 'promissory estoppel'.⁴¹⁴ De casuïstiek ziet er hier als volgt uit.

408. Dat wervende mededelingen die niet worden waargemaakt ook in Nederland tot aansprakelijkheid kunnen leiden, blijkt – zij het dat hier op grond van de feiten een andere constructie werd toegepast – bij voorbeeld uit HR 25 maart 1966, NJ 1966, 279 (Moffenkit), waarin het feit dat HIM in reclamemateriaal 'openlijk en zonder voorbehoud' haar waren had aangeprezen, een grote rol speelde.

409. Von Bar 1982.

410. Par. 823 BGB lid 1 luidt: 'Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet'. De categorie onrechtmatige daden die in Nederland valt onder het hoofd 'onzorgvuldig maatschappelijk gedrag' is als zodanig in het Duitse recht onbekend: 'Nach Deliktsrecht wird prinzipiell nur gehaftet, wenn einer der drei folgenden Grundtatbestände erfüllt ist: Es muss entweder ein sog. absolutes Recht oder Rechtsgut verletzt worden sein, d.h. eine Rechtsposition, die die Rechtsordnung zu einer jedermann gegenüber geschützten Sphäre formiert hat (par. 823 Abs. I BGB). Oder aber es muss gegen ein sog. Schutzgesetz in schadenstiftender Weise verstossen, d.h. es muss ein Verhalten realisiert worden sein, dass die Rechtsordnung gerade im Hinblick auf Schadensfolgen der eingetretenen Art untersagt (par. 823 Abs. II BGB). Schliesslich greift darüber hinaus als Auffangtatbestand noch eine Haftung für sittenwidrige Schädigung ein (par. 826 BGB)', Picker, Schadenshaftung, blz. 1041. Het terrein dat door par. 823 wordt bestreken, is dus aanzienlijk beperkter dan dat van art. 1401 BW/6:162 Nieuw BW. Een (deel van) een oplossing heeft men met name gevonden in de figuur van de culpa in contrahendo, door Jhering 'ontdekt' of 'erfunden', zoals het doorgaans in de literatuur wordt uitgedrukt, (vgl. als een uit velen Von Bar 1982, blz. 638). Het tekort schietende onrechtmatige daadsrecht wordt aangevuld door de constructie van een 'voorveld' van contractsbetrekkingen, waarin bij voorbeeld de bezoeker van een warenhuis die door een omvallende rol linoleum wordt getroffen, of de consument die in een winkel uitglijdt over een bananenschil, wordt gecompenseerd voor zijn schade op grond van contractuele (!) aansprakelijkheid, vgl. RGZ 78, 239 en BGH NJW 1962, 31, en voorts de Duitse handboeken onder het slagwoord culpa in contrahendo. Overigens is het niet verwonderlijk dat men in Duitsland in grensgevallen liever aanknoopt bij de overeenkomst dan bij de onrechtmatige daad, zozeer zelfs dat van 'Vertragssüchtigkeit' gesproken wordt: de 'Wiedergutmachtungsverpflichtung' is in geval van onrechtmatige daad principieel geringer dan in geval van overeenkomst. Zie Picker, Schadenshaftung, blz. 1041/1042.

411. Vgl. voor een overzicht, Von Bar 1982.

412. Zie Kühne, Vertrauensgedanke, blz. 261 e.v.; Stoll, FS Flume, blz. 741 e.v.; Köndgen, Selbstbindung, blz. 82 e.v. en passim.

413. Een rake term die in de Duitse literatuur graag wordt gebruikt, zie Lorenz, FS Max Rheinstein II blz. 553, Kühne, Vertrauensgedanke, blz. 263.

414. Farnsworth, blz. 89, geeft voor Amerika, sprekend over par. 90 de volgende uiteenzetting met betrekking tot 'promissory estoppel', ofwel 'reliance', als alternatief voor consideration: 'Suppose that an employer promises to pay an employee a pension of \$ 500 a month upon retirement. Relying

In september 1939 verhuurt Central London Property Trust Ltd. aan High Trees House Ltd. een blok flats, voor de huursom van £2500 per jaar. Wegens oorlogsomstandigheden blijven er nogal wat flats leeg staan, zodat partijen in januari 1940 schriftelijk overeenkomen, dat de huurprijs zal worden teruggebracht tot de helft. Van 1940 tot 1945 wordt de gereduceerde huurprijs betaald. In 1945 zijn alle woningen weer bewoond en de verhuurder eist de oorspronkelijke huursom van £2500, echter niet alleen voor de toekomst, maar met terugwerkende kracht ook over de laatste twee kwartalen van 1945. In deze procedure, waarin de eis in zijn geheel wordt toegewezen, komt ook de vraag aan de orde of de verhuurder over de gehele daaraan voorafgaande periode, waarin slechts de helft van de oorspronkelijke huursom werd betaald, het volle pond zou kunnen claimen. De huurder heeft immers tegenover de verlaging van de huur geen tegenprestatie op zich genomen, waardoor een van de essentialia van de overeenkomst, de consideration, ontbreekt.⁴¹⁵ De verhuurder zou niet aan zijn belofte gebonden zijn. Dit wordt door Denning in een uitgebreid obiter dictum ontkend en wel op grond van wat door hem (elders) omschreven wordt als

'a principle of justice and of equity. It comes to this: When a man, by his words or conduct, has led another to believe that he may safely act on the faith of them — and the other does act on them — he will not be allowed to go back on what he has said or done when it would be unjust or inequitable for him to do so'.⁴¹⁶

Let wel, aan Denning's billijkheidsprincipe ligt een uitgesproken gedachte ten grondslag. Een partij moet bij de ander de indruk gewekt hebben dat hij zich op haar woorden verlaten kon *én deze laatste moet dienovereenkomstig gehandeld hebben*. Indien er geen wederkerigheid is, kan alleen het bij de ander aanwezig vertrouwen niet voldoende zijn om een persoon aan zijn belofte gebonden te achten. In Engeland en in Amerika is dit nooit aan twijfel onderhevig geweest. Promissory estoppel, als nazaat van de aloude figuur van estoppel⁴¹⁷, is steeds

on the promise, the employee retires at an age when other employment is unavailable. If the employer then refuses to pay the pension, is the employee without recourse because the promise lacked consideration? Today, most courts would allow the employee to enforce the promise on the ground of reliance. Suppose that a debtor is in default on a debt, and his friend makes a gratuitous promise to the creditor to pay it. Relying on the promise, the creditor forbears from proceeding against the debtor for a time during which the debtor becomes insolvent. If the friend refuses to pay the debt, is the creditor without recourse because the promise lacked consideration? Today, there is authority that the creditor can enforce the promise on the ground of reliance'. Merk op, dat er in beide gevallen van 'change of position' sprake is, zie boven verderop in de tekst.

415. Vgl. noot 331.

416. Discipline of Law, blz. 223. Denning vermeldt dat hij hiermee handelde in de geest van het Report of the Law Revision Committee on the Doctrine of Consideration, dat in 1937 werd gepubliceerd en de volgende aanbeveling bevatte: 'We therefore recommend that a promise which the promisor knows, or reasonably should know, will be relied upon by the promisee, shall be enforceable if the promisee has altered his position to his detriment in reliance on the promise'. Vgl. de tekst van par. 90 van de Restatement Second on Contracts, USA 1981, noot 419. Merk op, dat hier 'alteration of position' wordt geëist, zie boven verderop in de tekst.

417. Promissory estoppel als substituut voor, of species van, consideration — zoals deze rechtsfiguur wel gezien wordt, zie Stoll, FS Flume, noot 19 — heeft betrekking op een *belofte* met betrek-

gericht op het in stand houden van een op grond van een belofte ondernomen 'change of position'. Niet 'vertrouwen' maar 'change of position' wordt beschermd. Men mag deze eis wel vergelijken, maar zeker niet gelijk stellen, met het Nederlandse nadeelvereiste. Kenmerkend voor de change of position is namelijk juist, dat deze geheel los kan worden gezien van feitelijk nadeel.⁴¹⁸ Zo stelde Denning in 1972, dat change, ook wel, alteration of position:

only means that he (the promisee) must have been led to act differently from what he would otherwise have done. And, if you study the cases in which the doctrine has been applied, you will see that all that is required is that the one should have acted on the belief induced by the other party'.⁴¹⁹

Met High Trees was de consideration-eis niet geveld maar de uitspraak sloeg wel een bres in wat lang een onneembare veste leek. Het 'nieuwe principe' van het promissory estoppel

'prospered rapidly, particularly in commercial transactions'.⁴²⁰

Het ligt in de rede dat ook het Amerikaanse recht wegen heeft moeten vinden om de problemen die de consideration-leer met zich brengt, te bemeesteren. Wanneer blote wilsovereenstemming tussen partijen niet voldoende is om een geldige overeenkomst in het leven te roepen, maar een bewijs voor die wilsover-

king tot toekomstig gedrag. In de High Trees-case, [1947] K.B. 130, belooft de verhuurder dat hij voor de toekomst met de helft van de oorspronkelijke huurprijs genoegen zal nemen. De wederpartij stelt zich daar op in; de verklarende is op grond daarvan gebonden. Men kan dit zien als een vorm van rechtsverwerking: door een belofte te doen waar een ander zijn gedrag door laat beïnvloeden, verwerkt men het recht zich te beroepen op de afwezigheid van consideration. Op deze zelfde wijze kan men art. 3:35 Nieuw BW als een rechtsverwerkingsbepaling uitleggen. Reëler is het, om de verklaring in combinatie met het daarop volgend handelen van degen tegenover wie de verklaring werd afgelegd, op te vatten als een feitencomplex dat een geldige rechtshandeling in het leven kan roepen. In wezen is dit ook het standpunt dat in het Nieuw BW met art. 3:35 is ingenomen. Hoe dit ook zij, promissory estoppel is voortgekomen uit het aloude estoppel, een rechtsverwerkingsfiguur. Estoppel is 'a rule of evidence whereby a party is precluded from denying the existence of some state of facts which he has previously asserted', aldus Jowitt's Dictionary of English Law. Het gaat hier om een bepaalde *stand van zaken* die men een ander heeft voorgespiegeld. Neemt die ander hierop actie, dan kan tegenover hem geen beroep worden gedaan op de onjuistheid van diens voorstelling van zaken, men heeft het recht daarop door eigen gedrag verwerkt. Promissory estoppel, ook wel quasi estoppel genoemd, neemt naast estoppel een volstrekt eigen plaats in vanwege het feit dat een naakte belofte hier, in afwijking van wat in de klassieke contractstheorie is toegestaan, de basis is voor de totstandkoming van rechtsgevolgen.

418. Vgl. Chitty met betrekking tot 'reliance' onder nr. 213: 'There is sometimes said to be a further requirement, namely that the promisee must have suffered 'detriment' by acting in reliance on the promise. This may mean that the promisee must have done something that he was not previously bound to do and as a result suffered loss: for example, by incurring some expenditure on reliance on the promise. (. . .) But the equitable doctrine (of promissory estoppel, BNI) may be applied even though there is no 'detriment' in this sense. It is enough if the promisee has altered his position in reliance on the promise so that it would be inequitable to allow the promisor to act inconsistently with it'. Zie met betrekking tot dit punt voorts boven onder nr. 22.

419. W.J. Alan & Co. Ltd. v. El Nasr Export and Import Co. [1972] 2 All. E.R. 127, blz. 140.

420. Denning, Discipline of Law, blz. 209.

eenstemming geëist wordt in de vorm van een quid pro quo of een formeel schriftelijk stuk, dan zal het beoogde doel zonder twijfel bereikt worden: partijen zullen in geval van liberaliteiten, waarvoor een vorm vereist is, iets langer nadenken vóór zij tot beslissingen komen. Maar de keerzijde van deze medaille is, dat daarmee ook gevallen die met liberaliteit en handelingen-om-niet weinig uitstaande hebben – zoals, om maar enige voor de hand liggende voorbeelden te noemen, wijzigingen in (duur)overeenkomsten (vgl. de hierboven genoemde High Trees-case), bindend bedoelde offertes (vgl. de Drennan-case hieronder), en kwijtscheldingen in commerciële context – op straffe van nietigheid aan vormvereisten onderworpen zijn.

Consideration in de zin van wederkerigheid⁴²¹, werd door de starheid waarmee het als totstandkomingsvereiste werd gehanteerd, tot het brandpunt van de moderne Amerikaanse contractsproblematiek. De Amerikaanse rechter zag zich in de voortdurend complexer wordende maatschappij van de twintigste eeuw steeds vaker geconfronteerd met gevallen waarvoor in het contractenrecht noch in het onrechtmatige daadsrecht onderdak te vinden was maar die voor ieder duidelijk – nietig als zij waren – tot afdwingbare verbintenissen aanleiding behoorden te geven. Voor de oplossing greep hij naar een paragraaf die sinds de Restatement on Contracts van 1937 deel uitmaakt van het Amerikaanse rechtsstelsel en die aanvankelijk luidde:

'A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance of a definite and substantial character on the part of the promisee and which *does induce such action or forbearance* is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise'.⁴²²

421. Consideration in de zin van wederkerigheid, is waarschijnlijk oorspronkelijk slechts één van de considerations (meervoud) geweest, één van de redenen, die door de rechter voldoende werden geoordeeld om – let wel! – serieuze wilsovereenstemming van partijen aan te nemen. Zie Cheshire Fifoot & Furmston, blz. 68, alwaar wordt vermeld dat het waarschijnlijk is dat in de zestiende en zeventiende eeuw 'there was no single doctrine of consideration, but a number of considerations which were recognised as adequate to support an action for a breach of a promise'. De consideration wordt t.a.p. vergeleken met de causa uit de code-landen. Deze vergelijking wordt vaker gemaakt. Zie over dit laatste, Chloros, The Doctrine of Consideration, die de vergelijking 'rather superficial' noemt. Hij stelt: 'cause and consideration are by no means comparable quantities', blz. 145. Chloros vergelijkt de continentale causa liever met wat in het Engelse recht 'is covered by a variety of topics, such as illegality, public policy, unjust enrichment, mistake, offer and acceptance, the seriousness of the intention to contract and, incidentally, consideration', blz. 146. Vergelijk de opmerkelijke overeenkomst met de Toelichting Meijers op art. 6:227, Parl. Gesch. Boek 6, blz. 896, alwaar wordt uiteengezet dat het Nieuw BW – in tegenstelling tot art. 1356 BW – de causa-eis niet stelt: 'Een dergelijk vereiste is in het ontwerp niet opgenomen. De functies die het in bepaalde stelsels heeft vervuld voor de verwezenlijking van de billijkheid, zijn in het ontwerp overgenomen door andere rechtsinstellingen, zoals de regelingen van de dwaling, het misbruik van omstandigheden, en de niet-nakoming'.

422. In de Restatement second van 1981 werd de tekst van het hier relevante eerste lid als volgt opnieuw geformuleerd: 'A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires'.

Deze paragraaf 90, waarin naar aanvaarde opvatting het 'reliance principle', in Nederland vertaald als 'vertrouwensbeginsel', is vastgelegd, werd oorspronkelijk geschreven om eenzijdige beloftes die bij gebreke van de juiste vorm niet afdwingbaar waren maar die, naar common sense meebracht, dit op grond van de *gevolgen* die zij hadden opgeroepen (zie de gecursiveerde zinsnede in het citaat hierboven en vergelijk wat naar aanleiding van de High Trees reeds werd opgemerkt), dit wel behoorden te zijn, binnen de rechtssfeer te trekken.

Deze gevallen lagen oorspronkelijk voornamelijk in de sfeer van de vrijgevigheid en in de familiesfeer, terwijl in de jurisprudentie reeds een traditie aanwezig was om dit type van gevallen een plaats in het recht te geven. Zo won in 1898 Katie Scothorn een zaak tegen Andrew Rickets, de executeur testamentair van haar grootvader, J.C. Rickets. Katie Scothorn werkte in een winkel, haar grootvader vond dat niet nodig: 'None of my grandchildren work and you don't have to'. Met deze mededeling 'he unbuttoned his vest', toen hij haar op een goede dag om 9 uur 's morgens op haar werk opzocht, en haalde een briefje te voorschijn waarop hij had geschreven:

'May the first, 1891. I promise to pay to Katie Scothorn on demand, \$2,000, to be at 6 per cent annum'.

Katie Scothorn nam, in het vooruitzicht van een jaarlijks bedrag van \$120 en een substantiële verrijking tot slot, ogenblikkelijk ontslag. Toen J.C. Rickets in mei 1884 overleed, had hij zijn kleindochter éénmaal rente betaald, en vlak voor zijn dood sprak hij er zijn spijt over uit dat hij haar de hoofdsom nog niet ter hand had gesteld. Hij zei tegen zijn dochter, de moeder van Katie, dat hij, als hij zijn boerderij in Ohio zou kunnen verkopen, Katie uit de opbrengst daarvan betalen zou. Na zijn overlijden weigerde Andrew Rickets nakoming vanwege het feit dat 'one of the essential elements of a valid contract' ontbrak. Er was geen consideration noch was de belofte 'under seal'. De rechter stelde hem in het ongelijk.

'Having intentionally influenced the plaintiff to alter her position for the worse on the faith of the note being paid when due, it would be grossly inequitable to permit the maker, or his executor, to resist payment on the ground that the promise was given without consideration'.⁴²³

In de plaats van een quid pro quo, wordt ook hier 'change of position' als alternatieve bindingsgrond geaccepteerd. Deze formulering van wat promissory estoppel ofwel reliance-principle genoemd wordt, vertoont inhoudelijk sterke overeenkomst met het principe dat door Denning na 1945 werd gehanteerd en geformuleerd in en naar aanleiding van de High Trees. In beide landen wordt een substituuut voor consideration aanvaard in de vorm van een voortbouwen op een gewekte schijn, om het voorlopig neutraal uit te drukken.

In Amerika werd het beginsel in 1927 tot buiten de familiesfeer uitgebreid tot

423. 57 Neb. 51, 77 N.W. 365 (1898), zie Kessler/Gilmore, Contracts, blz. 419.

het terrein van de zogenaamde 'charitable subscriptions', toezeggingen in het kader van de liefdadigheid. Ditmaal was het Mary Yates Johnston uit Jamestown, New York, die een betalingsbelofte ondertekende, en wel ten behoeve van het Allegheny College. Als reactie op een fondswervingscampagne van het College beloofde zij in 1921 schriftelijk, zij het niet met inachtneming van de voorgeschreven vorm,

'to pay to the order of the Treasurer of Allegheny College, Meadville, Pennsylvania, the sum of Five Thousand Dollars; \$5,000. This obligation shall become due thirty days after my death, and I hereby instruct my Executor, or Administrator, to pay the sum out of my estate'.

Op de achterzijde van het papier vermeldde zij dat deze gift te harer nagedachtenis de naam zou dragen van de Mary Yates Johnston Memorial en dat de opbrengsten zouden worden aangewend om studenten op te leiden voor het priesterschap (the Ministry). Mary Yates betaalde in 1923 op grond van deze toezegging een bedrag van \$1,000 maar in 1924 herriep zij haar belofte. Binnen een maand na haar dood eiste het college echter nakoming van haar executeur, die weigerde. De zaak werd voor de rechter gebracht en werd door Allegheny College gewonnen.⁴²⁴ Cardozo constateerde dat

'there has grown up of recent days a doctrine that a substitute for consideration or an exception to its ordinary requirements can be found in what is styled 'a promissory estoppel'.

Cardozo weet uiteindelijk het geval in kwestie nog in het consideration-gareel te spannen: tegenover de betalingsbelofte staat de toezegging van het College een Mary Yates Johnston Memorial Fund op te richten.

'The longing for posthumous remembrance is an emotion not so weak as to justify us in saying that its gratification is a negligible good'.

Maar dat is hier minder relevant. Waar het om gaat is, dat het sinds Allegheny – zoals Cardozo formuleert – zeker is

'that we have adopted the doctrine of promissory estoppel as the equivalent of consideration in connection with our law of charitable subscriptions'.

Het American Law Institute heeft deze jurisprudentie gecodificeerd en had daarbij met name het oog op 'gift promises' in enge zin, zoals hierboven weer-

424. 246 N.Y. 369, 159 N.E. 173, (1927), zie Kessler/Gilmore blz. 426. Het was deze case die Cardozo aanleiding gaf tot de bekende uitspraak dat 'the half truths of one generation tend at times to perpetuate themselves in the law as the whole truths of another, when constant repetition brings it about that qualifications, taken once for granted, are disregarded or forgotten. The doctrine of consideration has not escaped that common lot'.

gegeven.⁴²⁵ De bepaling ging echter een geheel eigen leven leiden. Voor het door het considerationvereiste sterk aan banden gelegde overeenkomstenrecht, werd in par. 90 een expansiemogelijkheid gevonden toen de rechter deze bepaling ook in de commerciële sfeer ging toepassen. Zo trad de 'wet' in werking die door Milsom als volgt geformuleerd werd:

'You can only create a body of law once; having committed yourself to explicite doctrine the only way ahead is to find ways around it'.⁴²⁶

Paragraaf 90, zoals die in de Restatement werd opgenomen, zowel als de jurisprudentie die daaraan voorafging en die daar aanvankelijk op volgde, strekte er toe, onbillijkheden te redresseren die konden voortvloeien uit het vereiste dat de zogenaamde 'gratuitous promises' in een bepaalde vorm werden verricht. Grootvader Scythorn en Mary Yates Johnston gaven beiden duidelijk blijk van de wens een wederpartij te bevoordelen. In beide gevallen werd door de begiftigde met de in dit opzicht gedane belofte rekening gehouden. Dat het onder zulke omstandigheden niet aangaat op de duidelijk als serieus bedoelde afspraak terug te komen, was de boodschap die in de Restatement werd vastgelegd. Maar de Amerikaanse rechter zag kans om aan de hand van par. 90 het recht spectaculair uit te bouwen door de bepaling te hanteren als clausule waarmee (niet slechts aan het vormvereiste maar) *aan de consideration-doctrine ontsnapt kon worden*. De eerste steen werd in 1958 gelegd door Justice Trainor met de befaamde Drennan-case. Het ging hier om een 'firm offer' van een onderaannemer, waar de aannemer voor het opstellen van zijn eigen offerte aan de principaal rekening mee hield. Vanwege een vergissing in de berekening werd het aanbod door de 'sub' aan de 'general' een dag later – nadat het telefonisch aanbod eerder bevestigd werd – ingetrokken. Maar inmiddels had de hoofdaannemer zich ten opzicht van de principaal al gebonden. Het Amerikaanse recht kende op dat moment geen onherroepelijk aanbod, alweer vanwege het feit dat daar nu eenmaal per definitie geen consideration tegenover staat. Justice Traynor paste, voor het eerst in commerciële context, par. 90 toe. Hier was sprake van een promise waarop, naar de promisor verwachten mocht, actie genomen zou worden. Toen dit precies was wat er gebeurde, werd de belofte rechtens afdwingbaar geacht. Aan de voorwaarden van par. 90 was voldaan.⁴²⁷ Voor het

425. Van oudsher werden in de jurisprudentie ook beloftes als de volgende afdwingbaar geacht: een vader belooft zijn zoon, dat hij hem land zal schenken. De zoon betreft het land, bewerkt het, bouwt er een woning. De vader geeft, juridisch, geen uitvoering aan zijn belofte. Na zijn dood wil de executeur, of de weduwe, de zoon van het land verwijderen. Op grond van wat op de belofte van de vader door de zoon is ondernomen – hij heeft het land betrokken en verbeteringen aangebracht – moet hem echter de grond worden overgedragen. Vgl. Greiner v. Greiner, 131 Kan. 760, 293 P. 759 (1930). Dergelijke beslissingen gaan, zowel in Amerika als in Engeland, terug tot in de vorige eeuw.

426. Historical Foundations of the Common Law, 1969, blz. x-xiii. In de tweede druk, 1981, is deze beeldende uitspraak niet opgenomen.

427. 51 Cal. 2d 409, 333 P.2d 757 (1958). Voor de ontwikkelingen na 1958, zie hoofdstuk III. Vgl. ook Köndgen, Selbstbindung, blz. 74-82. Zie over de Drennan-case ook Schoordijk, Onderhandelen, blz. 18.

Amerikaanse recht betekende deze uitspraak een revolutie die de doodsklok luidde voor het consideration-vereiste.

Voor Nederland hebben de Engelse en de Amerikaanse case, evenmin als de Duitse gevallen, een voorbeeldfunctie an sich. Een geval als de High Trees, zou in Nederland de rechter niet eens bereiken: de wilsovereenstemming van partij en brengt in een dergelijk geval een perfecte overeenkomst tot stand. Voor het Amerikaanse geval geldt hetzelfde; het onherroepelijk aanbod heeft in ons rechtssysteem nooit een probleem gevormd. De directe betekenis van al deze gevallen is, voor het Nederlandse recht, zeer gering. Zijn de Duitse gevallen terug te brengen tot een lacune in het onrechtmatige daadsrecht, in Engeland en Amerika zijn de problemen toe te schrijven aan een te beperkt gebleken contractsbegrip. Gilmore merkt op, na een opsomming van het soort afspraken dat op grond van het consideration-vereiste in het Anglo-amerikaanse systeem niet contractueel afdwingbaar is:

'In any civilized system the same agreements, provided they are entered into voluntarily and in good faith, will be enforced — as of course they should be. We did that by discovering or inventing, in appropriate cases, 'exceptions' from the 'general rule' — which makes the resulting pattern look a good deal more complicated than it really is (...)'.⁴²⁸

En inderdaad, in feite gebeurde er aanvankelijk onder de extensieve werking van par. 90 niet veel meer dan dat — onder de vlag van het vertrouwensbeginsel — *de partijautonomie werd uitgebreid*.⁴²⁹ Als in Duitsland (zie hierboven), en als in Nederland (zie het eerste hoofdstuk), fungeert ook in Engeland en in Amerika het vertrouwen als *deus ex machina* wanneer zich problemen aandienen waarvoor het traditionele systeem geen oplossing te bieden heeft. In het Engelse en in het Amerikaanse recht echter, heeft men vanaf den beginne een factor onderkend die hier te lande tot op heden buiten beeld is gebleven: *de betekenis van het blote feit*.

19. Privaatrechtjuristen zijn altijd realisten geweest, zegt Savatier. Hun werk houdt hen met de voeten op de grond,

'bien plantés dans la matérialité des faits'.⁴³⁰

Dit werk bestaat immers, en zal altijd bestaan, uit het bouwen van 'ideële' juridische constructies op de grondslag van het brute feit. Opvallend is echter, aldus Savatier⁴³¹,

⁴²⁸. The Death of Contract, blz. 76.

⁴²⁹. Vgl. Stoll, FS Flume, blz. 744.

⁴³⁰. In een opstel dat begint met de vraag: 'Le "fait", gagne-t-il aux dépens du droit?', Etudes Ripert I, blz. 78.

⁴³¹. Blz. 78.

‘la multiplication du nombre des cas où le fait devient la source directe du droit, sans alliance avec un concept idéal’.

Hij wijst met name op figuren als domicile de fait, tutelle de fait, séparation de fait, société de fait, union de fait, relation de travail (tegenover le contrat de louage de services):

‘sur de vastes terrains, la simple structure de fait semble partout gagner, en efficacité juridique, aux dépens des structures idéales, sur lesquelles des générations de juristes avaient vécu’.⁴³²

In tegenstelling tot degenen die in deze rechtsgevolg sorterende puur feitelijke constellaties een teken van verval zien, beoordeelt Savatier de tweesporigheid van de ‘légitime situation de droit’ en de ‘simple situation de fait’ als waardevol. Het ‘brute fait’ in het rechtssysteem dwingt de jurist tot heroriëntatie.

‘Le rôle du juriste ne saurait être, simplement, de s’en tenir au travail technique de ses devanciers, qui, sur le champ des faits, ont bâti, pour le droit civil, l’architecture qui convenait à leur temps. Le travail de juriste est sans cesse à reprendre’.⁴³³

Dit geldt met name voor de ogenblikken van crisis, de momenten van ‘transformatie’ van het recht, want dat zijn de momenten waarop het feit zich opdringt en ‘le normal’, het feitelijke, het – tijdelijk⁴³⁴ – wint van ‘le normatif’, de rechtsregel. Een tiental jaren eerder werd in Duitsland, door Haupt, materieel dezelfde vaststelling gedaan. Hij constateert aan de hand van de rechtspraak het bestaan van zogenaamde ‘faktische Vertragsverhältnisse’, die

‘nicht durch Vertragsschluss, sondern durch tatsächliche Vorgänge begründet werden’.⁴³⁵

Kenmerkend is ook hier, dat het recht aan deze blote feiten rechtsgevolgen verbindt, zij het dan met behulp van – door Haupt als ‘onwaardig’ bestempelde – ficties. Als voorbeeld geeft hij het volgende geval:

‘Ein Sportflieger, der auf einem Verkehrsflughafen gelandet ist, zahlt die Landgebühren nicht und wird deshalb von der Flughafen-G.m.b.H. verklagt. Das Amtsgericht Berlin-Mitte gibt der Klage statt und begründet das im Ergebnis sicherlich richtige Urteil damit, dass zwischen den Parteien stillschweigend ein Vertrag auf entgeltliche Benutzung des Flughafens zustande gekommen sei’.⁴³⁶

432. Blz. 76.

433. Blz. 91.

434. Savatier besluit zijn opstel aldus: ‘Sans doute, dans ce continuel changement d’institutions que le juriste met persévérablement en forme, ce seront, tour à tour, les structures de fait qui se redécouvriront sous d’anciennes structures de droit, et, de nouveau, de structures de droit qui vêtiront à neuf les structures de fait, un moment dénudées’, blz. 92.

435. Faktische Vertragsverhältnisse, blz. 8/9.

436. Blz. 7.

Haupt vindt deze benadering onbevredigend.

‘In Wirklichkeit nimmt der Flieger durch das Landungsmanöver weder Offerten des Flughafenunternehmers an noch gibt er seinerseits ein Angebot auf Schliessung eines Landevertrags ab. Er tut gar nichts anderes, als dass er gemäss den Luftverkehrvorschriften ordnungsmässig landet’.⁴³⁷

Hier is, stelt Haupt, een overeenkomst tot stand gekomen niet door ‘Vertragsschluss’ (aanbod en aanvaarding), maar ‘kraft sozialen Kontakts’. Hij treft in de rechtswerkelijkheid een breed scala van dergelijke ‘feitelijke contractsverhoudingen’ aan. Ze worden door de rechter als overeenkomst geaccepteerd, maar deze moet wel met ‘rechtskonstruktive Hilfsfiguren’ werken om tot ‘das angemessene Ergebnis’ te kunnen komen. Om deze constructieve omwegen overbodig te maken, brengt Haupt al die feitelijke verhoudingen die, naar de jurisprudentie uitwijst, tot overeenkomst kunnen leiden, in drie afzonderlijke categorieën onder. Daarna endosseert hij het werk aan de wetgever: deze moet de rechter de normen ter beschikking stellen die omwegen bij de rechtsvinding onnodig maken. In feite vraagt hij om een nieuwe categorie verbintenissen uit de wet.

Deze *brugfunctie van het brute feit* komt ook naar voren in de visie die Picker ontwikkelt op de figuren ‘zwischen Vertrag und Delikt’. De doctrine heeft naar zijn mening geen bevredigende theoretische onderbouwing kunnen leveren voor de in de rechtspraak aanvaarde gevallen van aansprakelijkheid op grond van omstandigheden die niet rechtvaardigen dat er van een (klassieke) overeenkomst of van onrechtmatige daad gesproken kan worden. Het gaat om gevallen waarin

‘im Rahmen von absatztechnisch bedingten Kettenverträgen, von Auskunftserteilungen in dem weitesten Sinne etwa auch einer Prospekt-emission oder Zeugnisbegebung oder aber von eigenständigen Tätigkeiten eines Stellvertreters oder Verhandlungshelfen ein Fehlverhalten des ‘Leistenden’ unterläuft und deshalb bei der Empfangsperson Schäden entstehen’.⁴³⁸

Picker maakt naar aanleiding van dit type van aansprakelijkheid de volgende interessante opmerking:

437. Blz. 7. Een voorstander van de figuur van de ‘faktische Vertragsverhältnisse’ was Larenz, vgl. NJW 56, blz. 1897. Anders Esser, zie m.n. AcP 157 (1957) blz. 86 e.v. Zie over dit onderwerp voorts Nikisch, FS Dölle, 1963, blz. 79 e.v., met litt. verwijzingen, en de monografie van Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, 1957. Vast staat dat – geheel volgens de theorie van Savatier, zie noot 434 – de faktische Vertragsverhältnisse hun tijd inmiddels hebben gehad, vgl. Esser/Schmidt blz. 134. Het gaat hier ook niet om de rechtsfiguur als zodanig maar om de betekenis van het feit bij de ontwikkeling van het recht die ook aan deze figuur kan worden geïllustreerd.

438. Schadenshaftung, blz. 1043.

‘Durch die zunehmende Arbeitsteilung im modernen Güter- und Leistungsverkehr werden die Beteiligten einander kontraktrechtlich immer weiter entrückt’.⁴³⁹

Men treedt echter bewust

‘in eine konkrete *faktische* Leistungsbeziehung’.⁴⁴⁰

De aansprakelijkheid ontstaat dan ook

‘innerhalb einer Beziehung, die der Haftende selbst, durch seine ‘faktische’ Leistungsofferte autonom und freiwillig begründet’.⁴⁴¹

Picker schuift het factische moment als verplichtend naar voren, met als grondslag voor de gebondenheid uiteindelijk – niet anders dan in geval van overeenkomst – de autonomie van degene die, later, gebonden blijkt te zijn. Bij Picker ziet men hoe de cirkel zich sluit. Hij(1) constateert een door het recht erkende, evenwel systeemvreemde aansprakelijkheid; hij(2) wijst aan dat deze voortspuit uit nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen die feitelijk door het recht niet genegeerd kunnen worden; en – een stap verder dan Haupt – hij(3) brengt deze feiten weer onder in het juridische systeem:

‘Trotz des Verzichts auf die hier einfach überflüssige vertragliche Bindung fehlen jedoch der faktischen Leistungsbeziehung in diesen Fällen keineswegs die für uns entscheidenden haftungsrelevanten Momente: Nicht anders als der Vertrag ist auch sie gekennzeichnet durch die personale Bezogenheit und die sachliche Finalität des Kontakts’.⁴⁴²

Picker kijkt door de traditionele overeenkomst heen naar wat daar tenslotte het ‘haftungsrelevante Moment’ is, en treft in de ‘nieuwe’ betrekkingen dezelfde oorzakelijkheid aan. Deze kan, tegelijkertijd, een verklaring en een rechtvaardiging opleveren voor het feit dat de rechter hier verbintenissen aanvaardt. Deze gaan niet alleen niet in tegen het systeem van het recht, ze vallen onder zijn werkingsomvang en kunnen er in worden opgenomen.

De these van Savatier over ‘le travail de juriste’, kan niet fraaier worden geïllustreerd dan aan de hand van Haupt’s dertig pagina’s over de factische Vertragsverhältnisse, en Picker’s – omvangrijke⁴⁴³ – arbeid gewijd aan ‘de derde weg’ tussen overeenkomst en onrechtmatige daad. In beide gevallen wordt zichtbaar gemaakt hoe het recht wordt ingehaald door de feiten, hoe de feiten zich aanvankelijk – noodgedwongen en ongemakkelijk – bij de bestaande structuren aansluiten *maar* hoe het tenslotte de rechtsstructuren zijn die worden vernieuwd.

439. Blz. 1057.

440. Blz. 1058.

441. Blz. 1058.

442. Blz. 1058.

443. Zie, naast Schadenshaftung, ook Zwischen Vertrag und Delikt, blz. 369 e.v.

'The law of contract is an evolutionary product that has changed with time and circumstances and that must ever continue so to change',

aldus Corbin.⁴⁴⁴ Corbin's wijze van formuleren laat de veronderstelling toe dat het niet de juristen zijn die het recht veranderen. Het is het leven zelf dat dit doet. De taak van de juristen bestaat er in, veranderingen te onderkennen en te bewaken, ze te bestuderen en te systematiseren vanuit het systeem van het recht en vanuit de beginselen die het ius constituendum in een bepaalde maatschappelijke context tot uitgangspunt dienen.

20. Het Anglo-amerikaanse recht nu, heeft zijn beoefenaars – eerder dan de code-juristen daartoe genoodzaakt werden – letterlijk met de neus op de feiten gedwongen. De klassieke opvatting over het contract – alleen rechtsgevolg als er sprake is van consideration – maakte een zo ernstige inbreuk op de partij-autonomie en werkte zo belemmerend op het moderne rechtsverkeer, dat een 'substitute for consideration' gevonden moest worden, wilde het contract niet werkelijk ten dode zijn opgeschreven.⁴⁴⁵ Deze achterstand op de codelanden – waar reeds de 'op een rechtsgevolg gerichte wil' verbintenissen in het leven roept en te niet doet gaan – werd ingehaald via de figuur van promissory estoppel: afwezigheid van consideration kan worden geheeld, wanneer er sprake is van een ernstig gemeente belofte waarop door de wederpartij actie is ondernomen. Symmetrie met de codelanden is hiermee niet ontstaan. In Nederland bindt de wilsovereenstemming, wanneer deze aanwezig is, zonder enige nadere voorwaarde. Wanneer partijen besluiten tot een wijziging in een overeenkomst, komt deze tot stand op grond van de enkele afspraak. In common law is deze afspraak, wanneer er geen quid pro quo is, niet bindend, ook niet wanneer zij ernstig is gemeend: slechts als de wederpartij *actie ondernam* als gevolg van de haar gegeven belofte, kan zij zich daarop beroepen.⁴⁴⁶ Niet voor niets spreekt Henderson van '*the factual element of reliance*'.⁴⁴⁷ Eisenberg omschrijft reliance als

'the cost incurred by the promisee as a result of the promise (...) by changing his position or forgoing an opportunity'.⁴⁴⁸

444. On Contracts 1, par. 109, blz. 489.

445. Veel te gemakkelijk heeft men Gilmore's profetie over 'de dood van het contract' als algemeen probleem serieus genomen. In het Anglo-amerikaanse recht, met zijn consideration-eis, kon het klassieke contract – geen wederkerigheid, geen overeenkomst – niet overleven.

446. Atiyah heeft dan ook gelijk wanneer hij zegt, Essay 8, blz. 241, dat wat in Engeland promissory estoppel wordt genoemd, niet meer en niet minder dan een 'gewone' overeenkomst is. Op dit punt ligt echter mijn bekommernis niet. Ik wil slechts laten zien dat steeds wanneer het positieve recht inadekwaat is, het feit de brug vormt naar nieuw recht. In Engeland en in Amerika heeft zich, vanwege de beperkingen die het consideration-vereiste de overeenkomst oplegt, in de context van de overeenkomst het brute feit eerder opgedrongen dan in de codelanden het geval was.

447. Henderson 1969, blz. 347.

448. Eisenberg 1979, blz. 2.

Het consideration-vereiste werd ten gunste van de (aanvankelijke) partijwil⁴⁴⁹ opengebroken in geval van vertrouwen op een mededeling maar, vertrouwen alleen was daartoe in Engeland noch in Amerika voldoende. Het recht werd ingehaald *door harde feiten* en ontwikkelde zich *op grond van die feiten*. Terecht merkt Kühne over promissory estoppel op:

‘Entscheidende Voraussetzung (...) ist (...) weniger das Vertrauen als innere Tatsache als vielmehr seine Auswirkungen in Gestalt eines fühlbaren Sich-Einrichtens (change of position) auf Seiten des Versprechensempfängers’.⁴⁵⁰

In Engeland heeft men na deze ‘inhaalmanoeuvre’ de ontwikkelingen ogenblikkelijk stop gezet. Het promissory estoppel is in Engeland aanzienlijk minder ver ontwikkeld dan in Amerika⁴⁵¹, waar men de lijnen heeft durven doortrekken.

Daar werd het rechtssysteem, zelfs ten opzichte van het traditionele Nederlandse en Duitse recht, aan de hand van deze rechtsfiguur inhoudelijk werkelijk vernieuwd. Het als gevolg van het onbevredigende consideration-vereiste ontwikkelde nieuwe beginsel van ‘change of position’, bleek bruikbaar en doeltreffend ook buiten de onmiddellijke context van de consideration.

Aan het begin van deze ontwikkeling staat de Drennan-case.⁴⁵² Deze is daarom zo bijzonder, omdat – naast de vaststelling van de rechter dat consideration ook in commerciële context kan worden vervangen door reliance – ook nog een ander probleem werd opgelost: de pertinente *afwezigheid van toestemming*. De Drennan-case betreft een geval van oneigenlijke dwaling, de onderaannemer vergiste zich bij het opstellen van zijn offerte en wilde om die reden alleen, zijn aanbod intrekken. Door de beslissing van de rechter dat dit hem onder de omstandigheden – de aannemer gebruikte dit aanbod voor het prepareren van zijn eigen offerte, die hem bond aan zijn principaal – niet was toegestaan, werd het Amerikaanse recht in één klap verrijkt met twee belangrijke vernieuwingen: (1) reliance kan in bargain transactions in de plaats treden van consideration, maar (2) kan ook assent, toestemming, vervangen. Hiermee is het paradoxaal karakter van het relianceprincipe geopenbaard. Enerzijds heeft het de partijautonomie vergroot, anderzijds ingeperkt.⁴⁵³ Met name deze tweede kant van de Januskop, ontsluitend naar aanleiding van Drennan, zette aan tot een evolutie

449. Vgl. Stoll, FS Flume, blz. 744. Zie ook Köndgen, Selbstbindung, blz. 65, e.v. onder 4, m.n. blz. 72.

450. Vertrauensgedanke, blz. 266.

451. Men zou kunnen zeggen dat het Engelse recht niet verder is gekomen dan art. 3:33 Nieuw BW. Vgl. Kühne, Vertrauensgedanke, blz. 282 en zie ook Spencer Bower and Turner, *The Law Relating to Estoppel by Representation*, London 1977, blz. 401 i.f.

452. *Drennan v. Star Paving Co.*, 51 Cal. 2d 409, 333 P.2d 757 (1958).

453. Om in Nederlandse termen te spreken: par. 90 maakte allereerst mogelijk dat het Amerikaanse recht, vanuit zijn achterstandspositie op de codelanden, in de sfeer van art. 3:33 Nieuw BW kon opereren, zodat op basis van wilsovereenstemming overeenkomsten tot stand konden komen. Daarna volgde de sprong naar het niveau van art. 3:35, waar de wilsovereenstemming wordt ingeperkt, met dien verstande dat in het Amerikaanse recht in een dergelijk geval meer nodig is dan vertrouwen alleen.

in het Amerikaanse recht die, zoals Schoordijk opmerkt⁴⁵⁴, ook Duitse schrijvers aan het denken heeft gezet. In een tijdsbestek van nog geen tien jaar, heeft het reliance-beginsel het Amerikaanse recht wezenlijk vernieuwd op het terrein van de precontractuele en de buitencontractuele verhoudingen, en zelfs afspraken die wegens 'indefiniteness' niet tot afdwingbare contracten in de traditionele zin konden leiden, verkregen rechtsgevolg wegens reliance op grond van par. 90.⁴⁵⁵ Köndgen stelt het aldus:

'Zunehmend wird nunmehr par. 90 mit dem Ziel angewendet, Versprechen, die nach der klassischen Rechtsgeschäftslehre unter einem Mangel leiden, als verbindlich aufrechtzuerhalten.'⁴⁵⁶

In al deze gevallen is voor aansprakelijkheid noodzakelijk dat 'er iets is gebeurd':

— 'the plaintiff must prove that she has changed her position in reliance on the promise; failure to do so bars recovery'.⁴⁵⁷

Zoals nog gezien zal worden⁴⁵⁸, liggen de kaarten in het Duitse en in het Nederlandse recht niet wezenlijk anders.

21. Aan het eind van zijn werk over de 'nieuwe verbintenissen' in het Duitse en het Anglo-amerikaanse recht, die hij als gevallen van 'Selbstbindung ohne Vertrag' karakteriseert, doet Köndgen de volgende vaststelling.

'Zwischen dem privatautonomen Vertrag und der deliktischen Zufalls-begegnung ist ein Geflecht von Schuldrechtsbeziehungen gewachsen, das weder unter dem alleinigen Regime des freien Willens noch unter dem Gebot des neminem laedere steht'.⁴⁵⁹

Dit kan maar op één manier worden geïnterpreteerd. In Köndgen's optiek heeft deze eeuw niet slechts 'nieuwe verbintenissen', maar een geheel nieuw verbintenissenrecht voortgebracht. Wanneer er sprake is van verbintenissen — door Köndgen met Gilmore als 'civil obligation', met Roscoe Pound als 'relation' aangeduid⁴⁶⁰ — die niet tot de wil, noch tot de onevenheid kunnen worden teruggebracht, die dus in de tweesporigheid van een BGB (en een BW) niet meer kunnen worden ondergebracht — dan heeft het oude verbintenissenrecht afgedaan. Köndgen ontloopt deze conclusie niet:

454. Onderhandelen, blz. 47.

455. Zie voor dit alles hoofdstuk III.

456. Selbstbindung, blz. 74/75.

457. Feinman 1984, blz. 694.

458. Vgl. hoofdstuk III.

459. Selbstbindung, blz. 419.

460. Vgl. ook Van Erp, diss., die in navolging van dit concept voor Nederland voor dit type van rechtsverhoudingen de term 'rechtsbetrekking' voorstelt.

‘Die Invasion quasi-vertraglicher Phänomene in das Deliktsrecht gleichermassen wie in die Rechtsgeschäftslehre entzieht so nicht nur der ‘Zweispurigkeits’-Vorstellung des BGB den Boden, sie erweist auch deren zeitgenössische Ergänzung um eine dritte ‘Spur’ der Vertrauenshaftung als inadäquat. Zwischen den beiden Polen von Vertrag und Delikt erkennen wir heute ein *Kontinuum* von Beziehungen, in dessen Mitte eine Zuordnung zur einen oder zur anderen Seite auf Willkür hinauslief’.⁴⁶¹

Hoezeer Kündgen ook gelijk heeft wanneer hij vaststelt dat verbintenissen niet langer *hetzij* uit vrije wil, *hetzij* uit onevenheid ontstaan; hoezeer ook kan worden ingestemd met de opvatting dat deze nieuwe verbintenissen in zekere zin een plaats innemen *tussen* overeenkomst en verbintenis uit de wet; hoezeer, tot slot, kan worden toegejuicht dat de vertrouwensleer als inadequaar van de hand wordt gewezen; de conclusie dat

‘Selbstbindungen, Rollenbeziehungen, Reziprozität’⁴⁶²

als ‘neue Verpflichtungselemente’ in de zin van nieuwe bronnen van verbintenis moeten worden beschouwd, die met de tweedeling wil/wet geen verbinding meer onderhouden, moet van de hand worden gewezen. Ook zijn ‘Kontinuum’ kan zich, dogmatisch gezien, niet aan deze tweedeling onttrekken.

Het verbintenissenrecht staat in dienst van het economisch verkeer. Als onderdeel van het vermogensrecht dat rechten tot onderwerp heeft welke dienen tot bevrediging van de menselijke behoeften, ordent het enerzijds via de overeenkomst het vrije ruilverkeer van goederen en diensten, en is het anderzijds via de onrechtmatige daad en de andere verbintenissen uit de wet, dienstbaar aan de noodzakelijke bescherming van de persoon in zijn relatie tot diezelfde goederen. Het gaat hier om een maatschappelijk grondpatroon. Het verbintenissenrecht is in wezen gericht op het ruilverkeer, en staat voor het overige in dienst van de vermogensbescherming, de status quo.⁴⁶³ Deze functie is onaangetast. Er is geen enkel teken dat in een andere richting wijst: het verbintenissenrecht staat nog immer onverkort in dienst van ‘verandering en behoud’. De problemen waarmee wordt geworsteld, vloeien voort uit het feit *dat dit uitgangspunt over het hoofd wordt gezien*. Deze problemen worden als volgt omschreven:

Het ontstaan en teniet gaan van een op vermogensverandering gerichte verbintenis, kan steeds vaker niet meer worden teruggevoerd op de individuele wilsovereenstemming of op een wettelijke bepaling. Wat is de bron van deze verbintenissen als het niet de vrije wil is, noch de wet.

Als men het grondpatroon van het verbintenissenrecht voor ogen houdt, ziet men dat men de problemen zo niet stellen mag. Wanneer wordt gezocht naar een ‘aanvullende’ bron van verbintenissen — en dat is het waar het tenslotte op aan komt — dan zal men het systeem in zijn totaliteit moeten bestuderen. Buiten het systeem zal men vergeefs naar aanvulling zoeken, deze *kan* alleen maar

461. Selbstbindung, blz. 420.

462. Blz. 419. Zie met name hoofdstuk II.

463. Zie onder nr. 17.

ontspringen aan een van de 'oude' bronnen. Er zijn – nog? – geen andere. Als men 'Selbstbindung' als bron van verbintenis kwalificeert, komt men, als men dit begrip ten einde denkt, onherroepelijk bij de autonomie uit, zoals Picker heeft laten zien.⁴⁶⁴ Voor de 'Reziprozität' geldt hetzelfde, zoals in het vorige hoofdstuk is uiteengezet. Picker zegt dan ook terecht dat de 'Zweifelsfälle' tussen contract en onrechtmatige daad

'kein neues Zivilrecht (verlangen)'.⁴⁶⁵

Wanneer de wil ontbreekt, binnen of buiten een contractuele context, en de situatie waarvoor een oplossing wordt gevraagd is niet geregeld in de wet, dan blijkt de verbintenis die wordt aanvaard – hoe 'nieuw' ook – in de praktijk feilloos op het systeem aan te sluiten. Categorisch kan worden gesteld, dat geen verbintenissen worden aanvaard die niet *functioneel* in het systeem kunnen worden ondergebracht. Maatschappelijke ontwikkelingen genereren nieuwe feitelijke situaties. Deze feitelijke situaties genereren nieuwe verbintenissen, maar – hoezeer met de theorie ook geworsteld wordt – dit gebeurt alleen dan, als dit niet in strijd is met het grondpatroon van het recht.

Stel, A koopt een schilderij van B waarbij hij zich laat leiden door een expertiserapport uitgebracht door C in opdracht van B. Wanneer C zich in de beoordeling heeft vergist, kan A zich voor schadevergoeding wenden tot C?

Ofwel, A vraagt in het kader van een af te sluiten contract met X, aan B contact op te nemen met C, om de kredietwaardigheid van X te achterhalen. B noemt A's naam niet wanneer bij C inlichtingen worden ingewonnen. Deze inlichtingen, die vertrouwelijk en vrijblijvend worden verstrekt, zijn positief, waarop A met X een overeenkomst aangaat. De inlichtingen blijken onjuist, A lijdt schade. Kan A deze schade verhalen op C?

Voor beide gevallen luidt het antwoord, uitgaande van het klassieke verbintenissenrecht, ontkennend. Er is geen overeenkomst A-C en er is (daar wordt van uitgegaan) geen sprake van een onrechtmatige daad in de klassieke zin. Maar toen het klassieke verbintenissenrecht werd gevormd, zag het maatschappelijk leven er anders uit, het oude recht is in zijn mechanismen niet berekend op de problemen van een massa-maatschappij. Nu echter heden ten dage voor deze gevallen een oplossing gegeven moet worden, luidt het antwoord op de vraag of er al dan niet aansprakelijkheid is, in ieder geval in bevestigende zin.⁴⁶⁶ Hoe kan dit, binnen het bestaande systeem, op bevredigende wijze worden verklaard? Picker doet dit als volgt:

'Der moderne Verkehr erfordert mit seiner immer grösseren Komplizierung der

464. Vgl. noot 442 hierboven.

465. Schadenshaftung, blz. 1057.

466. Vgl. voor het eerste voorbeeld, BGH WM 1969, blz. 36. Zie voor een geval als het tweede voorbeeld weergeeft, Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd. [1964] A.C. 465. Als een van de belangrijkste cases van de laatste 30 jaren, krijgt dit geval ruime aandacht in zowel de (Engelse) handboeken als in overige (rechtsvergelijkende) publikaties. Zie bij voorbeeld Stoll, FS Flume, blz. 766, Schoordijk, Onderhandelen, blz. 68 en Van Erp, diss. blz. 111 en passim.

Leistungs- und Absatzgestaltung in immer höherem Masse die Einschaltung dritter Personen als vertragsunbeteiligter 'Leistungsträger'. Diese erbringen ihren Beitrag im Rahmen einer fremden Vertragsbeziehung oder aber ausserhalb ihrer eigentlichen Geschäfte 'vertragslos' als blossen werbenden 'Service'. Sie treten deshalb zu dem tatsächlichen Destinatar ihrer Leistung nicht in eine eigene rechtsgeschäftliche Bindung, und sie streben einen solchen Kontakt auch nicht an. Dennoch treffen die Folgen einer fehlerhaften Einrichtung oder Durchführung ihrer Leistung gerade den Empfänger als eben den 'faktischen' Destinatar. Denn auf ihn und seinen Vermögenskreis ist der Beitrag des Leistungsträgers final bezogen. Der Empfänger legt ihn deshalb bestimmungsgemäss als Teil der von seinem Vertragspartner geschuldeten Leistung oder aber als gewollt 'vertraglose' Zuwendungen seinen Dispositionen zugrunde. Und er erleidet deshalb bei einem Fehlverhalten des Leistungsträgers oder sonst vertraglos handelnden Dritten notwendigerweise und also für diesen erkennbar den gleichen Schaden, wie wenn ihm von seinem Vertragspartner selbst eine fehlerhafte Leistung erbracht wird'.⁴⁶⁷

Picker verklaart alle gevallen 'zwischen Vertrag und Delikt' uiteindelijk vanuit de autonomie⁴⁶⁸, en vanuit de onevenheid. De nieuwe verbintenissen worden ingelijfd in het oude systeem. Deze benadering is naar mijn overtuiging de enig mogelijke. Maar waar Picker halt houdt, wil ik nog een stap verder gaan.

22. Onomstreden is, dat het traditionele verbintenissenrecht in deze eeuw tekort is gaan schieten ten opzichte van het aanbod aan rechtens relevante situaties. Overeenkomst en wet zoals deze decennia lang functioneerden, dreigden als gevolg van economische, maatschappelijke en sociale ontwikkelingen, tot achterhaalde instituties te worden. Met partij-autonomie aan de ene, opgelegde verbintenissen uit de wet aan de andere zijde van de weegschaal, kon aan tal van gevallen geen recht meer worden gedaan. Stond het oude systeem op instorten?

Voorals in Duitsland en in Amerika heeft men zich dit afgevraagd. Inmiddels ging het leven gewoon door. Rechters moesten of zij wilden of niet beslissen op zaken waarvoor in het rechtssysteem geen onderdak was. Rechtsgeleerden ontdekten in deze beslissingen een constante, en verklaarden 'het vertrouwen' tot nieuwe bron van verbintenis.

Mijn these luidde⁴⁶⁹, dat in nagenoeg alle gevallen waarin het vertrouwen als rechtvaardiging van de verbintenis werd opgevoerd, er meer was geïnvesteerd dan vertrouwen alleen, en dat juist dit meerdere doorslaggevend was voor het ontstaan van verbintenissen. Dit meerdere zou bestaan uit een feitelijke toestand, die door de rechter als onomkeerbaar wordt gewaardeerd. Deze toestand werd door mij gekwalificeerd als het *fait accompli* en dit *fait accompli* noemde ik een nieuwe, aanvullende wijze van ontstaan (en tenietgaan) van verbintenissen. Het vertrouwen zou hierbij (slechts) de rol van een *conditio sine qua non* vervullen.

Om deze stelling te bewijzen, moest allereerst het vertrouwen op zijn plaats

467. Schadenshaftung, blz. 1043.

468. Vgl. noot 442 hierboven.

469. Zie inleiding.

worden gezet. In het eerste hoofdstuk zette ik — tegen de achtergrond van de functie van het verbintenissenrecht — uiteen hoe overeenkomst en verbintenissen uit de wet op één noemer kunnen worden gebracht, en hoe het vertrouwen als bron van verbintenis in strijd is met dit systeem. Het grondpatroon van het recht eist, dat slechts autonomie en onevenheid (in feite of in potentie), als ontstaansgrond van verbintenissen worden geaccepteerd. Hiermee is allerm minst in strijd dat er, zoals de rechtspraak laat zien, sprake kan zijn van een *geldige* overeenkomst bij *afwezigheid* van wilsovereenstemming. Deze gevallen hebben als kenmerk, dat zij op wederkerigheid zijn gericht. Zij *sluiten aan* bij het systeem van het recht, nu zij in het verlengde liggen van de partij-autonomie, die normaal gesproken op op uitwisseling is gericht.⁴⁷⁰ Aan het *fait accompli* moet hier nog niet worden gedacht. Dit kan, als het om het ontstaan of tenietgaan van rechtshandelingen gaat, pas in beeld komen, met betrekking tot gevallen waarin zowel de wilsovereenstemming *alsook* de reciprociteit ontbreekt. Gesteld werd, dat het recht slechts dan gevolgen aan deze (rechts)handelingen kan verbinden, als er — in welke zin dan ook — onevenheid zou ontstaan wanneer de rechtshandeling geldigheid ontzegd zou worden. Het is precies deze stelling die in het onderhavige hoofdstuk aan de orde is geweest. Aan de hand van zowel de theorie als de praktijk, werd de houdbaarheid van deze stelling onderzocht. Het lijkt gerechtvaardigd als (voorlopige) conclusie op te tekenen, dat dergelijke gevallen, die gemeenlijk worden verklaard met een beroep op het zogenaamde 'vertrouwensbeginsel', een belangrijker element dan 'vertrouwen' gemeen hebben, dat hun plaats in het rechtssysteem op adequaat wijze verklaren kan. In alle gevallen is er sprake van een partij, die niet alleen heeft vertrouwd op een verklaring of een gedraging, doch die op die verklaring of gedraging *zijn leven heeft ingericht*.⁴⁷¹ In die gevallen is sprake van een *fait accompli*, dat geen (finan-

470. Zie nr. 16 i.f.

471. Dat dit het criterium is waar alles om draait, kan nog worden geadstrueerd aan de hand van een recent arrest van de Hoge Raad. Het betreft een geval van rechtsverwerking, op zich een rechtsfiguur die als 'geinstitutioniseerd *fait accompli*' kan worden omschreven. Een huurder van een bedrijfsruimte, ontdekt in 1980, twee jaar na het aangaan van de huurovereenkomst, dat hij een veel hogere huur verschuldigd is dan zijn voorganger. Deze huurder blijft in de daarop volgende jaren twee maal in gebreke met betrekking tot het betalen van de verschuldigde huur. Tijdens een tweede, op grond van huurachterstand door de verhuurder aangespannen procedure, beroept de huurder zich in 1985 op dwaling bij het aangaan van de overeenkomst. Bij kantonrechter en rechtbank staat de vraag centraal, of de huurder zich — jaren later dan hem de omstandigheden waarop hij zijn dwalingsactie baseert, bekend zijn geworden — nog te goeder trouw op de dwaling beroepen kan, hetgeen wordt ontkend. In de cassatieprocedure komt dan de stelling aan de orde, dat van rechtsverwerking met betrekking tot de dwaling geen sprake kan zijn omdat niet is vastgesteld dat de verhuurder nadeel heeft geleden ten gevolge van het eerder achterwege laten van het beroep op dwaling. (Zoals bekend, wordt wel gesteld: 'Is er dan nooit rechtsverwerking als er geen nadeel is. Het antwoord moet luiden: inderdaad, dat is er nooit', G.J. Scholten in zijn noot onder HR 5 november 1976, NJ 1977, 182 (Flink/De Nijs). De Hoge Raad oordeelt dat deze stelling (er was geen nadeel) in dit geval faalt:

'omdat zodanig nadeel reeds besloten ligt in de door de rechtbank weergegeven gang van zaken; het gaat hier immers om een duurovereenkomst die jarenlang door de Brouwerij is nagekomen, hetgeen, naar de rechtbank kennelijk heeft aangenomen de Brouwerij niet zou hebben gedaan indien zij had geweten dat de totstandkoming van die overeenkomst (en dus ook het bestaan van uit die overeenkomst voor de wederpartij voortvloeiende verplichtingen) door die wederpartij op grond

cieel) nadeel behoeft op te leveren, per saldo de fidens voordeel brengen kan⁴⁷², maar dat wel – werd het niet aanvaard – de status quo zou verstoren. Het terugdraaien van (vaak complexe) situaties, wordt in het moderne recht op zich reeds ervaren als onevenheid, als een ingreep in de vermogensrechtelijke sfeer, die het recht niet tolereert. Op het aan de autonomie voorbehouden terrein van de rechtshandeling, moet de autonomie het, onder de geschetste omstandigheden, verliezen van het in het recht even fundamentele beginsel dat onevenheid behoort te worden voorkomen en rechtgetrokken. Dit gaat zelfs zo ver, dat in het precontractuele en het buitencontractuele vlak – zonder dat er sprake is van situaties waarin de verbintenissen uit de wet een rol kunnen spelen – verbintenissen ontstaan, die slechts gegrondvest kunnen zijn op het *fait accompli*. Deze primaire betekenis van de onevenheid, kan in én buiten de context van de autonome rechtshandeling worden aangewezen. De verbintenissen uit de wet, die enerzijds alle tot de ene oerbron van de onevenheid zijn terug te voeren – en als zodanig in bepaalde zin een open systeem vormen – zijn anderzijds in de wet limitatief geregeld en vormen zo per saldo een gesloten systeem. Onevenheid ontstaat echter in de hedendaagse samenleving op tal van wijzen waarin het systeem niet heeft voorzien. Ook hier botst het recht met de feiten. Ook hier ziet men op dit raakvlak nieuwe verbintenissen ontstaan. Het *fait accompli* speelt zijn aanvullende en verbintenis-vernietigende rol ook bij de onrechtmatige daad, de onverschuldigde betaling, en de ongerechtvaardigde verrijking. Het oefent zijn rechtsvormende functie uit ten behoeve van *alle* bronnen van verbintenis.

23. De hier ontwikkelde theorie aangaande het *fait accompli* als aanvullende wijze van ontstaan en tenietgaan van verbintenissen, heeft niet tot doel aan te geven hoe het recht zou moeten zijn, maar pretendeert weer te geven hoe het recht *is*. Tegelijkertijd werd geadstrueerd hoe dit, tegen de achtergrond van de grondgedachte van het vermogensrecht, *niet anders kan zijn*.

Doelstelling was, de ontwikkeling van een theorie ter vervanging van de vage en onbevredigende vertrouwensleer.

De voordelen van een leer van het *fait accompli* boven die van het vertrouwen, zijn evident. Het *fait accompli* heeft ten eerste onderscheidend vermogen, wat van 'het vertrouwen' als bron van verbintenis bepaald niet gezegd kan worden. Ten tweede past het – in tegenstelling tot het vertrouwen – in het systeem van de wet. Voorts biedt de leer van het *fait accompli* een concreet aangrijpingspunt voor de ontwikkeling van criteria met betrekking tot zijn werkingsomvang. Van de leer van het vertrouwen kan dat niet gezegd worden. Deze criteria kunnen worden ontnomen aan de jurisprudentie op dit terrein. Maar hier

→ van dwaling werd betwist', HR 25 mei 1990, NJ 579. Hier wordt het *fait accompli* (er is teveel gebeurd dat niet kan worden teruggedraaid) op zich als nadeel aangemerkt. De huurder heeft zijn recht verwerkt omdat de Brouwerij haar leven heeft ingericht op de gedragingen (bestaande in een nalaten) van de huurder.

Hier ziet men overigens eens te meer de relatieve betekenis van figuren als de goede trouw, waarmee de lagere rechter in casu werkte.

472. Zie hoofdstuk III onder nr. 29.

zal sprake zijn van een wisselwerking. Wanneer de rechter minder intuïtief⁴⁷³, bewuster, omgaat met de probleemgevallen van het huidige recht, zal hij ook bewuster aan het fait accompli rechtsgevolgen verbinden, of weigeren dit te doen. Naar mijn overtuiging levert in beginsel elke onevenheid die de ene persoon op welke wijze ook veroorzaakt bij de ander, de plicht op tot opheffing daarvan. Het probleem is er niet in gelegen uit te maken wanneer er voor veroorzaakte onevenheid aansprakelijkheid bestaat. De vraag is een andere: wanneer en op welke gronden is die aansprakelijkheid er *niet*.⁴⁷⁴ Dit is een rechtspolitieke vraag. De beantwoording daarvan valt niet onder de taken die ik mij gesteld heb. Mij rest nog, de hier ontwikkelde theorie aan de hand van de jurisprudentie te bevestigen.

473. Zie Inleiding.

474. Zie ook onder nr. 12 m.b.t. de onrechtmatige daad. Vgl. voorts Picker, Zwischen Vertrag und Delikt, die een betoog over het gebod van het *neminem laedere* als 'Idealpostulat jeder rechtlichen Ordnung' en als 'letztes Fundament jeder Schadenshaftung', als volgt besluit: 'Die Gestaltung des Haftungsrecht hat in den für uns erheblichen Fällen (zwischen Vertrag und Delikt, schr.) ihre Problematik nicht darin, die Eindstandspflicht zu *begründen*. Es geht vielmehr umgekehrt darum, die Gesichtspunkte aufzudecken, die ihre *Beschränkung* legitimieren', blz. 466.

III. Hoe de praktijk sterker is dan de (heersende) leer

'Donne autant que tu prends, tout sera très bien.'
Maori-gezegde.⁴⁷⁵

24. De aanvaarding van het *fait accompli* als een zowel de overeenkomst (partijwil), als de wet (gecodificeerde gevallen van onevenheid), aanvullende bron van verbintenissen, werpt een verhelderend en unificerend licht op tal van problemen die zich, afzonderlijk beschouwd, simpelweg niet laten bemeesteren. Men kan echter het *fait accompli* in de hier bedoelde betekenis, als verbintenisscheppend, slechts in het juiste licht zien, wanneer men twee uitgangspunten als gegeven accepteert. Het eerste is, dat het verbintenissenrecht in zijn totaliteit bestaat als een systeem dat er in eerste instantie op gericht is *gewenste* vermogensverschuivingen mogelijk te maken via de overeenkomst, en dat daarnaast dient tot herstel en behoud van vermogen. Het tweede – in belang hieraan nog voorafgaand – houdt in, dat het vermogensrecht als zodanig, waarvan het verbintenissenrecht een onderdeel uitmaakt, in het teken staat van de *vermogensbescherming*. Het suum cuique tribuere en het *neminem laedere* vormen – als positieve en als negatieve uitdrukking van één en dezelfde grondgedachte – mét het autonomie-beginsel het draagvlak van het vermogensrecht.⁴⁷⁶ Dit maakt mogelijk – en verklaart tevens – dat de overeenkomst, waarvan de individuele wil het uitgangspunt, de motor⁴⁷⁷ is, mede wordt bepaald door het onevenheidsbeginsel, dat – hoe zou het anders kunnen – ook op dit onderdeel van het verbintenissenrecht zijn werking uitoefent, en wel in die zin dat het verbintenissen doet ontstaan (of tenietgaan), tegen de wil van (een der) partijen. Wat echter door de rechtsgemeenschap als oneven wordt ervaren, is van tijd en plaats afhankelijk. Dit houdt in, dat het recht levend is, en het laatste woord nooit gesproken kan worden. Vastgesteld kan evenwel worden – ik beperk mij tot het terrein dat onderwerp van deze studie vormt – dat rechters heden ten dage de grenzen van het traditionele verbintenissenrecht doorbreken en *alle* traditionele bronnen van verbintenis verruimen ten gunste van personen die in een rechtens relevante context actie hebben ondernomen op gedragingen van anderen. Dit is een fenomeen dat niet aan landsgrenzen gebonden is. Zowel in Amerika als in Engeland, Duitsland en Nederland (de landen waartoe dit onderzoek zich heeft beperkt) is dit aanwijsbaar. Het manifesteert zich op talloze terreinen, waarvan (het onderwerp niet uitputtend) aan de orde zullen worden gesteld: de precontractuele verhoudingen, de

475. Marcel Mauss, *Essai sur le Don*, blz. 265.

476. Zie onder Slotopmerkingen de tekst bij noot 556.

477. Zie onder nr. 7.

totstandkoming van de overeenkomst, de uitvoering van de overeenkomst; en voorts de onrechtmatige daad, de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking.⁴⁷⁸

25. *Precontractuele verhoudingen*

In het klassieke contractenrecht, is 'onderhandelen' een vrijblijvende aangelegenheid. De overeenkomst komt tot stand door aanbod en aanvaarding. Wat aan dit formele moment voorafgaat, doet – uitgezonderd, uiteraard, in dit stadium gepleegde onrechtmatige daden – rehtens niet werkelijk ter zake. Partijen kunnen aan de onderhandelingsfase geen rechten en geen verplichtingen overhouden. Zo stelt Kessler:

'Im klassischen Vertragsrecht galt es als ausgemacht, dass die Parteien Vertragsverhandlungen beliebig abbrechen können, ohne dem anderen Teil Rechenschaft ablegen zu müssen. (. . .) Bis zum Abschluss des Vertrages, stehen sich die Parteien 'at arms' length' gegenüber'.⁴⁷⁹

Deze opvatting wordt thans nog aangehangen door bij voorbeeld Nieuwenhuis, die pleit voor

'een heldere scheiding van wat gescheiden behoort te blijven: onderhandelen en zich verbinden'.⁴⁸⁰

Deze stellingname – waarin Nieuwenhuis overigens niet alleen staat⁴⁸¹ – gaat dwars in tegen wat in Nederland, en elders, vaste jurisprudentie is geworden. In verrassend gelijklopende formuleringen neemt de rechtspraak het standpunt in dat, wanneer de onderhandelingen in een stadium zijn gekomen waarin – over en weer⁴⁸², – door partijen vertrouwd mocht worden dat een overeenkomst tot

478. Ik beperk mij tot één kenmerkend voorbeeld per categorie, en verwijs naar vergelijkbare gevallen in andere landen. Bij de verbintenis uit de wet, ontbreekt de zaakwaarneming. Zaakwaarneming is het 'wetgeworden fait accompli', er is een verbintenis ontstaan zuiver en alleen *omdat er* – onder bepaalde voorwaarden – *is gepresteerd*, vgl. nr. 10. Hier kan niets aan worden toegevoegd of afgedaan.

479. Vertrauensschutz, blz. 874.

480. RM Themis-10 (1989) blz. 467. Nieuwenhuis noemt een andere opvatting hierover 'een serieuze bedreiging van de contractsvrijheid. De vrijheid om een contract *niet* te sluiten is daarvan immers een onmisbaar onderdeel'. Vgl. echter, scherper, Esser/Schmidt, blz. 437, alwaar wordt opgemerkt dat 'mit dem als seriös aufzufassenden Eintritt in Vertragsverhandlungen die negative Geschäftsaautonomie – d.i. die Befugnis letztlich doch nicht abzuschliessen – ihre Begrenzung erfährt'.

481. Zie voor de verschillende opvattingen Contractenrecht II-D (Blei Weissmann) nrs. 750 e.v. en met name de nrs. 788 e.v.

482. In Plas/Valburg, HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723, leest men dat het afbreken van onderhandelingen onder omstandigheden als zijnde in strijd met de goede trouw moet worden geacht 'omdat partijen over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren'. In latere arresten, vgl. NJ 1988, 1017, is de eis minder stringent geworden, de Hoge Raad stelt zich thans op het standpunt dat het een onderhandelaar niet meer vrij staat onderhandelingen af te breken wanneer *bij de partner* vertrouwen leeft dat er een overeenkomst tot stand zal komen. Wanneer men de verbintenissen die uit afgebroken onderhandelingen kunnen voort-

stand zou komen, bij het afbreken van die onderhandelingen verbintenissen in het leven geroepen kunnen worden. De moeilijkheid ligt weer in de grondslag van deze verbintenissen. Men spreekt wel van 'schending van de precontractuele goede trouw', die kan verplichten tot vergoeding van kosten (en zelfs van gederfde winst⁴⁸³), maar er bestaat verschil van mening over de vraag of een dergelijke schending gekwalificeerd moet kunnen worden als een onrechtmatige daad. Wanneer dit zo is, levert de bron van de verbintenissen in elk geval geen dogmatische problemen op. Gesteld wordt echter ook, dat het bij de onderhandelingspartner gewekte vertrouwen dat een overeenkomst zeker tot stand zou komen, bij het afbreken van onderhandelingen zelfstandig bron van verbintenis kan zijn⁴⁸⁴, hetgeen dogmatisch minder eenvoudig te verantwoorden is. Het meest stellig is in dit opzicht Schoordijk:

'Naast het contract kennen wij reeds de quasi-contracten (. . .) en de onrechtmatige daad als bron van verbintenis. Daaraan moet nu als vierde bron toegevoegd worden, het vertrouwen als bron van verbintenis'.⁴⁸⁵

Diametraal hieraan tegenovergesteld is de opvatting van G.J. Scholten, die zelfs het aannemen van een onrechtmatige daad in geval van het afbreken van onderhandelingen niet makkelijk wil aannemen en als uitzonderlijk wil beschouwen,

'want men weet *altijd* dat zolang de overeenkomst niet beklonken is, zij alsnog kan afspringen'.⁴⁸⁶

Brunner stelt dan ook, dat de problemen van mogelijke schadeplichtigheid bij het afbreken van onderhandelingen, nog niet zijn opgelost.⁴⁸⁷

Wordt nu het fait accompli als aanvullende bron van verbintenis geaccepteerd, dan komt deze oplossing binnen handbereik, zoals een analyse van het standaardarrest op het terrein van de afgebroken onderhandelingen, Plas/Valburg⁴⁸⁸, zien laat.

Daarbij moet worden uitgegaan van de bewoordingen van de Hoge Raad. Van belang zijn de volgende overwegingen:

→ vloeien hoe dan ook op de noemer van de onrechtmatige daad wil brengen, kan men aan de hand van dit criterium aanzienlijk sneller tot aansprakelijkheid besluiten. Het moment waarop partijen er over en weer van overtuigd zijn dat hun onderhandelingen zeker bekroond zullen worden met een overeenkomst, zal normalerwijze heel wat verderop liggen dan het ogenblik waarop een van beiden dat vertrouwen kan koesteren, bij voorbeeld omdat hij zich verkijkt op een uitlating van zijn wederpartij.

In Duitsland is voor aansprakelijkheid op deze grond noodzakelijk, dat de onderhandelingen 'ohne triftigen Grund' zijn afgebroken, hoewel de aansprakelijke eerder 'den Abschluss des Vertrages als sicher hingestellt hat', vgl. Gernhuber, Schuldverhältnis, blz. 186, alwaar jurisprudentie.

483. Dit geldt voor Nederland en voor de USA maar niet voor Duitsland, zie resp. de noten 497 en 495 i.f.

484. Zie Contractenrecht II-D.

485. Onderhandelen, blz. 68.

486. Grondslag en bronnen van verbintenissen, Mon. Nieuw BW A-2, blz. 52.

487. Noot onder HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017, blz. 3625 sub 4.

488. HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723.

'Niet uitgesloten is dat onderhandelingen over een overeenkomst in een zodanig stadium zijn gekomen dat het afbreken zelf van die onderhandelingen onder de gegeven omstandigheden als in strijd met de goede trouw moet worden geacht, omdat pp. over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren. In zo een situatie kan er ook plaats zijn voor een verplichting tot vergoeding van gederfde winst.

(. . .)

Wanneer de gemeente na 9 jan. 1975 niet meer uit de onderhandelingen mocht terugtreden, valt echter niet in te zien waarom een handelen in strijd daarmee haar niet zou kunnen verplichten tot vergoeding van reeds voor 9 jan. 1975 in het kader van de voorafgaande onderhandelingen gemaakte kosten.

Een verplichting daartoe zou zelfs kunnen bestaan, als de onderhandelingen nog niet in een zodanig stadium zouden zijn geraakt dat de gemeente te goeder trouw die onderhandelingen niet meer had mogen afbreken, maar reeds wel in een stadium dat zulk afbreken haar in de gegeven omstandigheden niet meer zou hebben vrijgestaan zonder de door Plas gemaakte kosten geheel of gedeeltelijk voor haar rekening te nemen'.

De Hoge Raad verdeelt de onderhandelingsperiode in fasen. Om cassatietechnische redenen kan hij dat niet in chronologische volgorde doen maar het kost weinig moeite om de tekst van de Hoge Raad in een schema om te zetten waarin de verschillende fasen hun logische plaats krijgen. Een voorfase (waarin partijen geheel vrij zijn om de onderhandelingen af te breken) wordt door de Hoge Raad slechts impliciet ter sprake gebracht: te goeder trouw afbreken kan nog wel, maar afbreken zonder de kosten te betalen kan niet meer (zie laatste volle alinea hierboven); uit die opstelling vloeit voort dat er een fase is waarin afbreken zonder enigerlei kostenvergoeding mogelijk is.

Bovenstaande overwegingen van de Hoge Raad (in samenhang gelezen) leveren dan het volgende beeld op. Mogelijk is dat:

- (1) afbreken mag; kostenvergoeding komt niet in aanmerking;
- (2) afbreken mag; kosten moeten (geheel of gedeeltelijk) worden betaald;
- (3) afbreken niet mag, dat is in strijd met de goede trouw (omdat partijen over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract zou volgen); kosten moeten worden betaald, eventueel zelfs kosten uit een vorig stadium;
- (4) afbreken niet mag, dat is in strijd met de goede trouw (omdat partijen over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract zou volgen); gederfde winst moet worden vergoed.

Dit is revolutionaire rechtspraak omdat verbintenissen ontstaan die zeker niet aan de partijwil, maar zonder twijfel ook niet noodzakelijkerwijs aan onzorgvuldig gedrag (dus aan 'de wet'), hun ontstaan te danken hebben. Hierop is in de doctrine (voornamelijk) op twee wijzen gereageerd. Een eerste stroming brengt alle gevallen van schade- en kostenvergoeding, zij het wat de tweede fase betreft met de grootste moeite en voor het overige via de 'schending van de goede trouw', toch onder bij de onrechtmatige daad. Een tweede stroming wil de verbintenissen uit afgebroken onderhandelingen rechtstreeks laten ontspringen aan de goede trouw (het vertrouwen; de redelijkheid en de billijkheid). Geen van beide opvattingen is geheel bevredigend. Het door dik en dun vasthouden aan de onrechtma-

tige daad doet gekunsteld aan, immers, van onzorgvuldig maatschappelijk gedrag behoeft zeker niet steeds sprake te zijn. Nog minder kan de goede trouw (het vertrouwen) als zelfstandige bron van verbintenis in aanmerking genomen worden.⁴⁸⁹ In de hier ontwikkelde visie op het verbintenissenrecht echter, kunnen alle momenten die door de Hoge Raad als verbintenisscheppend worden aange merkt, als zodanig worden verklaard, terwijl tevens geheel duidelijk wordt waarom in de eerste fase géén verbintenissen ontstaan.

Deze fase is in de praktijk van groot belang. Wie een keuken wil laten inbouwen, krijgt iemand aan huis die de situatie in ogenschouw neemt, advies geeft, een schets maakt enzovoort. De kosten hiervan kunnen niet in rekening worden gebracht (tenzij uitdrukkelijk overeengekomen), wanneer om wat voor redenen dan ook geen verder cont(r)act volgt. De reden hiervoor is een eenvoudige. Het bedrijf maakt kosten die voor de baat uitgaan, het gaat om kosten ter verwerving van het contract en dus om kosten die bij het bedrijf zelf thuishoren. *Voor een vermogensverschuiving is geen enkele causa aanwezig.*⁴⁹⁰ Zo wordt dit in de praktijk ook ervaren.

De problemen beginnen in een volgende stadium (2), en die problemen zijn niet nieuw. Ze kunnen worden samengevat in de volgende vraagstelling: hoe is het mogelijk dat men rechtmatig handelt en toch tot kosten/schadevergoeding wordt veroordeeld? Er zijn op deze vraag (die men door de jurisprudentie opgedrongen kreeg⁴⁹¹) heel wat antwoorden aangereikt, waarvan een van de belangrijkste als volgt luidde: omdat het onrechtmatig is de kosten (schade) van de ander níét te voldoen; een cirkelredenering die weinig opheldering brengen kon, en die ook omstreden is gebleven. Wil men het verbintenissenrecht zien als een systeem dat er op is gericht een stempel van goedkeuring te zetten op vermogensverschuivingen (of dit nihil obstat aan bepaalde verschuivingen juist te onthou-

489. Zie hoofdstuk I. Het valt op hoe Schoordijk balanceert op de grens van het vertrouwensbeginsel en de *fait accompli*-gedachte. Zijn oeuvre vormt in wezen één groot pleidooi voor een open systeem van verbintenissen met het vertrouwen als bron. De onderhavige studie is een bestrijding van juist deze gedachte. Hier wordt de opvatting verdedigd dat het vertrouwen geen bron van verbintenis kán zijn. Toch is de tegenstelling tussen beide opvattingen uiteindelijk niet onoverbrugbaar. Opvallend is namelijk hoe Schoordijk, wanneer hij ongeclausuleerd het vertrouwen tot bron van verbintenis uitroept, herhaaldelijk bij wijze van spreken in een afterthought dit vertrouwen toch aan een zekere voortbouw bindt. Zo stelt hij in *Onderhandelen*, blz. 68, het volgende: 'Naar Amerikaans recht, maar ook naar Duits recht en mijns inziens ook naar Nederlands recht geldt de regel, dat wie zich te goeder trouw op een al dan niet verwijtbaar gedrag — dat ook uit een nalaten kan bestaan — van een ander heeft ingesteld, bescherming verdient. Een nieuwe bron van verbintenis is geboren. Naast het contract kennen wij reeds de quasi-contracten (. . .). Daaraan moet als vierde bron worden toegevoegd, het vertrouwen als bron van verbintenis' (curs. toegevoegd). En op blz. 89 over Van der Heijden's opvatting dat 'het vertrouwen' als verplichtend element de kern van de zaak niet raakt: 'Ik begrijp hem niet wel. Ik zoek de gebondenheid aan een overeenkomst wel in het bij de wederpartij gewekte vertrouwen. (. . .) *Mijn leven richt ik hierop in.* (. . .) De samenleving valt of staat met een voortdurende interactie van de staatsburgers' (curs. toegevoegd). Aldus blijft ook de grootste voorvechter van een 'open systeem', als het erop aan komt 'binnen de perken'.

490. Zie onder nr. 8.

491. Het betreft hier de welbekende Voortse Stroom-problematiek. Zie als voornaamste literatuur J. Drion, AA II blz. 96 e.v., Bregstein, *Verzameld Werk* blz. 339 e.v., Schoordijk, *Onderhandelen*, blz. 46 en ook de noot van Brunner onder Plas/Valburg, N.J. 1983 blz. 2305 r.k. De door mij verdedigde opvatting wijkt af van alle eerdere theorieën, zoals in de hier vermelde literatuur uiteengezet.

den), dan blijken de problemen oplosbaar. Hier zijn kosten gemaakt, niet meer ter verwerving van het contract en als zodanig thuishorend bij degeen die de uitgaven deed, maar ter *uitvoering* van het contract, ze zijn gemaakt vóór de ander. Een analogie met de zaakwaarneming en de ongerechtvaardigde verrijking dringt zicht op maar geen van beide kunnen als bron van verbintenis worden aange-merkt. Als bron dient zich aan: het *fait accompli*. De kosten zijn gemaakt, ze liggen er. Ze moeten worden gedragen, en wel – *dat volgt uit het systeem van het recht* – door degene wie ze ‘gebühren’⁴⁹², bij wie ze thuishoren. Als het om ‘uitvoeringskosten’ gaat, horen ze thuis bij de wederpartij, óók als er nog geen sprake is van vertrouwen dat er een overeenkomst volgen zal. Zo valt ook de stelling van de Hoge Raad dat in dit stadium gevallen kosten ‘geheel of gedeeltelijk’ behoren te worden vergoed, te verklaren. Deze kosten kunnen geheel, maar ook slechts gedeeltelijk, thuishoren bij de afbrekende onderhandelaar, alnaar het gaat om kosten-vóór-de-baat of om kosten-van-uitvoering. De feiten kunnen overigens ook geheel anders liggen. Gedacht kan worden aan het fameuze Amerikaanse geval van Hoffman v. Red Owl Stores Inc., dat een nieuwe ontwikkeling inluidde in het Amerikaanse recht door toepassing van par. 90 van de Restatement (second) on Contracts, m.a.w. van promissory estoppel, op de precontractuele verhoudingen. Het ging hier om het volgende. Bakker Hoffman had belangstelling voor een franchise-overeenkomst met supermarkt-gigant Red Owl. Hij zou daarvoor een bedrag van \$ 18 000 op tafel moeten leggen en voorts nog aan een aantal voorwaarden moeten voldoen. Tussen Red Owl en Hoffman kwamen onderhandelingen op gang die hem er toe brachten zijn bakkerij te verkopen (met verlies) en een klein kruideniersbedrijfje te beginnen, om ervaring op te doen, waartoe hij ook verhuisde. Tevens kocht hij een stuk grond waar de supermarkt van het Red Owl-type gebouwd zou kunnen worden. Tot slot verkocht hij het kruideniersbedrijf weer (met winst). Dit alles in overleg met Red Owl, dat hem stimuleerde tot deze activiteiten. Toen het tijd werd om de franchise-overeenkomst met Red Owl daadwerkelijk aan te gaan, bleek, dat het aanvankelijk geraamde kapitaal van \$ 18 000 volstrekt onvoldoende was om de supermarkt te openen, er moest een bedrag van \$ 34 000 op tafel komen. Aan Red Owl viel niets te verwijten. Toch bleef Hoffman niet met de schade zitten. Hoewel er geen sprake was van een onrechtmatige daad, en van een overeenkomst evenmin gesproken kon worden, kreeg Hoffman zijn schade vergoed, en wel op grond van par. 90. Hij ‘veranderde zijn leven’ met het oog op het tot stand komen van een overeenkomst met Red Owl, of, zoals Feinman stelt, Hoffman en zijn vrouw

‘disrupted their personal and business lives’.⁴⁹³

492. Zie de tekst bij noot 153. De gedachte die door Hagen wordt uitgewerkt, is ook hier van betekenis. Vgl. in dezelfde zin Schoordijk, *Onderhandelen*, blz. 49, die lijkt te denken in termen van ongerechtvaardigde verrijking en spreekt over kosten die de afbrekende partij al dan niet ‘ten goede komen’.

493. Feinman 1983, blz. 854.

Het voldongen feit bracht mee dat Red Owl, dat de onderhandelingen (schulde-loos) afbrak, schadeplichtig werd.⁴⁹⁴

Fase (3) is vanuit dogmatisch standpunt bezien de minst gecompliceerde. Wanneer wordt vastgesteld dat afbreken van de onderhandelingen onder de omstandigheden strijdig is met de goede trouw, wordt in feite vastgesteld dat men zich schuldig maakt aan maatschappelijk onzorgvuldig gedrag. De verplichting tot vergoeding van kosten kan zonder probleem tot de onrechtmatige daad worden teruggebracht.⁴⁹⁵ Moet men in fase (2) de kosten vergoeden *omdat ze zijn gemaakt*⁴⁹⁶, in deze fase moeten ze worden voldaan omdat er onzorgvuldig is gehandeld. Hier kan de kostenvergoeding hoger uitvallen dan in de voorgaande fase, zoals de Hoge Raad vaststelt:

‘Wanneer de gemeente na 9 jan. 1975 niet meer uit de onderhandelingen mocht terugtreden, valt niet in te zien waarom een handelen in strijd daarmee haar niet zou kunnen verplichten tot vergoeding van reeds voor 9 jan. 1975 in het kader van de voorafgaande onderhandelingen gemaakte kosten’.

De prijs die op onzorgvuldig gedrag staat kan eventueel ook de kosten-voor-de-baat omvatten, bij voorbeeld wanneer men nooit de bedoeling heeft gehad tot een overeenkomst te komen.

Fase (4) is weer interessanter. Hier moeten niet de kosten doch (ook) de gederfde winst worden vergoed, terwijl toch hier van geen wezenlijk ander gedrag sprake behoeft te zijn dan in de voorafgaande fase (3). Dit kan *slechts* worden verklaard als men er van uit gaat, dat dit het geval zal zijn als er tussen partijen inmiddels zoveel is gebeurd, dat de situatie als onomkeerbaar moet worden aange-

494. 26 Wis. 2d 683, 133 N.W. 2d 267 (1965). Zie ook noot 497.

495. Het Duitse recht met betrekking tot afgebroken onderhandelingen, dat tot ontwikkeling is gekomen binnen het kader van de culpa in contrahendo, speelt zich af in (en beperkt zich tot) dit stadium. ‘Wer die Vertragsverhandlungen abgebrochen habe, könne nur dann zum Ersatz von Aufwendungen verpflichtet sein, wenn er durch sein früheres Verhalten in seinem Verhandlungspartner *schuldhaft* das Vertrauen geweckt oder genährt habe, der Vertrag werde mit Sicherheit zustande kommen’, aldus Von Craushaar, JuS 1971, 3, blz. 128, curs. toegevoegd. Dat het afbreken slechts verbintenissen in het leven roept wanneer dit op onrechtmatige wijze gebeurt, wordt steeds opnieuw benadrukt. Zie bijv. Nirk, FS Möhring, blz. 81, die, sprekend over afgebroken onderhandelingen, stelt: ‘Eine Schadensersatzverpflichtung aus c.i.c. kann es aber ohne vorausgegangenes Verschulden überhaupt nicht geben. Das entspricht der uneingeschränkt herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur’. Het Duitse onrechtmatige daadsrecht laat echter niet toe deze gevallen rechtstreeks onder par. 823 BGB te brengen, vgl. noot 410, de rechtsfiguur van de culpa in contrahendo moet ook voor dit type van gevallen uitkomst brengen. De grondslag voor de verplichting blijft een delictuele, hoezeer ook hier van ‘Vertrauensverhältnis’ gesproken wordt (tegen deze terminologie, Gernhuber, Schuldverhältnis, blz. 178/179). Toegekend wordt in geval van afgebroken onderhandelingen de zg. ‘Vertrauensschade’, die bestaat uit vergoeding van het negatief belang. Gederfde winst wordt principieel niet vergoed, Gernhuber blz. 186/187 (vgl. Schoordijk, Onderhandelen blz. 44/45, voor een bespreking van een hiervan afwijkende, publiekrechtelijk getinte regel).

496. Men heeft in het verleden ook wel gezien dat de zaken in feite zó lagen en niet anders, vgl. bij voorbeeld Polak, diss. blz. 95: ‘Gij moet de schade vergoeden omdat Gij de schade niet hebt vergoed’. Hiertegen heeft men zich echter fel verzet, een dergelijke regel was immers, naar men meende, in het systeem niet in te passen.

merkt (er is een nieuwe fabriekshal gebouwd, personeel geworven, materiaal aangeschaft, men heeft de kans op andere contracten voorbij laten gaan of bij voorbeeld ontslag genomen uit een dienstbetrekking). *Het fait accompli komt de onrechtmatige daad aanvullen*. Hieruit volgt dat niet de 'intensiteit' van het onzorgvuldig gedrag, doch de intensiteit van de in gerechtvaardigd vertrouwen verrichte handelingen, bepaalt of het bij in strijd met de goede trouw afgebroken onderhandelingen blijft bij een verplichting tot vergoeding van de kosten, of komt tot een vergoeding van de gederfde winst. Niet het gedrag van de verbondene, maar het op dat gedrag *volgend handelen* van de wederpartij (waarbij het criterium niet feitelijk is: hij heeft gehandeld, maar normatief geïnspireerd: hij mócht onder de omstandigheden zo handelen; hier dient zich het vertrouwen als onmisbare voorwaarde aan), bepaalt wanneer het fait accompli de bron van de verbintenis is, de omvang van deze verbintenis. Dit houdt in, dat óók in fase (2) onder omstandigheden plaats is voor vergoeding van de gederfde winst.⁴⁹⁷

26. Totstandkoming van overeenkomsten

1. Bepaalbaarheid

De totstandkoming van een geldige overeenkomst is gebonden aan een aantal voorwaarden. De belangrijkste daarvan is, in Nederland en Duitsland, wilsovereenstemming tussen partijen; in Engeland en Amerika, consideration. Dat het fait accompli in geval van afwezigheid van wil (of consideration), zijn werking uitoefent in die zin dat een overeenkomst op die basis evenzeer tot stand kan komen, is in de loop van deze studie herhaaldelijk uiteengezet. Ook andere totstandkomingsvereisten kunnen onder omstandigheden worden gemist, wanneer daar tegenover staat dat een van de partijen zijn leven op de gemaakte afspraken heeft ingericht. Het ontbreken van een van de formele vereisten betekent in dat geval niet, dat er geen contract, of anderszins verbintenissen, uit het tussen partijen voorgevallene zullen volgen.

Zo behoort de inhoud van de verbintenissen, voortvloeiend uit de overeenkomst, bepaald althans bepaalbaar (bestimmt, bestimmbar; definite), te zijn.

'Ist die geschuldete Leistung in keiner Weise bestimmt und auch weder durch ergänzende Vertragsauslegung noch nach den par. 315 ff. noch auf andere Weise bestimmbar, so fehlt in Wirklichkeit jede Verpflichtung des Schuldners',

497. Dit standpunt kan worden geïllustreerd met een vergelijking van twee Amerikaanse cases betreffende afgebroken onderhandelingen, *Hoffman v. Red Owl*, zie noot 494, en *Chrysler v. Quimby*, 51 Del. 264, 144 A. 2d 123 (1958). In het eerste geval werd de afbrekende partij slechts tot kostenvergoeding veroordeeld, in het tweede geval tot gederfde winst. Köndgen, *Selbstbindung* blz. 81, zet uiteen hoe deze 'scheinbar eklatante Ungereimtheit' te verklaren valt: 'Diese löst sich freilich auf, wenn wir uns die jeweils ganz unterschiedliche Faktenlage vergegenwärtigen. In Chrysler war der Verhandlungsprozess praktisch abgeschlossen, der Kläger war den ihm gemachten Auflagen in vollem Umfang nachgekommen. (. . .) Der Verhandlungsprozess war bis auf diese ausstehende Förmlichkeit "zum Vertrag gereift". Darüber hinaus war der Kläger sogar imstande, seine Gewinnerwartungen zu spezifizieren. (. . .) Ganz anders im Hoffman-Fall. (. . .) Die Parteien waren von einer endgültigen Einigung noch weit entfernt und die Vertragsbedingungen waren noch nicht hinreichend spezifiziert'. De (toegevoegde) cursivering spreekt voor zich.

stelt een Duits handboek.⁴⁹⁸ Corbin merkt op voor het Amerikaanse recht:

'A court cannot enforce a contract unless it can determine what it is. (. . .) Vagueness of expression, indefiniteness and uncertainty as to any of the essential terms of an agreement, have often been held to prevent the creation of an enforceable contract'.⁴⁹⁹

Promissory estoppel echter – actie ondernemen in vertrouwen op een verklaring of een toezegging – doorbreekt ook hier de klassieke leer die wil dat 'indefiniteness' tot gevolg heeft dat gemaakte afspraken niet afdwingbaar zijn.

'Generally, however, the trend is toward wider use of Section 90 to enforce bargains which are otherwise unenforceable for indefiniteness under conventional rules',

zegt Henderson.⁵⁰⁰ Een befaamd voorbeeld uit deze categorie is het geval *Wheeler v. White* uit 1978.⁵⁰¹ Wheeler belooft White dat hij zal zorgen voor financiering van een winkelcentrum dat White voornemens is te bouwen. Wanneer dit niet snel genoeg lijkt te lukken, zegt hij hem dat hij gerust met de afbraak van de oude gebouwen op het geplande terrein kan beginnen want de financiën komen wel rond: desnoods zal hij zelf de benodigde gelden fourneren. White begint daarop met de sloop, waarna Wheeler – als er geen gelden beschikbaar komen – alsnog weigert de financiering op zich te nemen. White stelt op grond van een schriftelijke verklaring van Wheeler dat hij voor gelden zal zorgen, dat er een overeenkomst tot stand is gekomen en vordert nakoming. De rechter stelt echter vast dat de afspraak 'too indefinite' is om bindend te zijn. Geen afspraken waren gemaakt over terugbetaling, termijnen, rente enzovoort. Niettemin veroordeelt hij Wheeler en wel tot betaling van de kosten van de zinloos geworden afbraak:

'where there is actually no contract the promissory estoppel theory may be invoked, thereby supplying a remedy which will enable the injured party to be compensated for his foreseeable, definite and substantial reliance'.⁵⁰²

De onomkeerbaarheid van wat er is gebeurd, roept verbintenissen in het leven, dwars tegen de regel in die wil dat partijen slechts gebonden zijn wanneer hun afspraken 'rond' zijn.

Ditzelfde geldt voor gevallen waarin nog geen overeenstemming is bereikt 'as to all essential terms of a contract'. Interessant is het geval *Mooney v. Craddock*⁵⁰³, aan de hand waarvan kan worden uiteengezet waarom het Neder-

498. Emmerich, *Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts I*, Vahlens Rechtsbücher, blz. 289/290, curs. toegevoegd. Zie voor het Nederlandse recht Asser-Rutten-Hartkamp II nr. 224 e.v.

499. Corbin I, par. 95, blz. 394.

500. Henderson 1969, blz. 362.

501. 398 S.W. 2d.93 (Tex. 1965).

502. Vgl. Farnsworth, blz. 209.

503. 35 Colo. App. 20, 530 P. 1302 (1974).

landse arrest inzake Polak/Zwolsman⁵⁰⁴ terecht zó gewezen werd. Hoewel er van een overeenkomst, vanwege het feit dat niet op alle onderdelen overeenstemming was bereikt, nog allerm minst gesproken kon worden, veroordeelde de Amerikaanse rechter Craddock op grond van gemaakte afspraken met betrekking tot een toekomstige huurovereenkomst, die Mooney er toe brachten ontslag te nemen uit het Amerikaanse leger, van Duitsland naar Amerika te verhuizen en hoge kosten te maken met het oog op de inrichting van een 'athletic club' in de ruimte die hij van Craddock huren zou. De rechter weigert te veroordelen tot 'anticipated profits' vanwege het feit dat

'the evidence was insufficient to establish loss of net profits with reasonable certainty'.

Hij stelt echter vast dat promissory estoppel dient om 'change of position' te beschermen en komt tot het oordeel dat

'the proper measure of recovery under the circumstances of this case is an award of damages sufficient to compensate for the actual loss sustained as measured by the expenditures made'.

Ook in Polak/Zwolsman was de vraag aan de orde wat rechtens is indien omtrent bepaalde onderdelen van een toekomstige overeenkomst wél, met betrekking tot andere onderdelen géén overeenstemming bestaat. Polak claimde dat op grond van wat tussen hem en Zwolsman met betrekking tot een voorgenomen arbeids-overeenkomst reeds overeengekomen was, een contract moest worden aangenomen. De rechter wees dit af. Er werd geen volledige overeenstemming bereikt over de pensioenbijdrage welke Zwolsman ten behoeve van Polak zou betalen, zodat een overeenkomst niet tot stand kwam. Nu er geen overeenkomst was, en Polak *evenmin op enigerlei wijze actie ondernam* als gevolg van de gemaakte afspraken⁵⁰⁵, konden tussen partijen inderdaad geen verbintenissen bestaan.

2. Vormgebreken

Rechtshandelingen met betrekking tot onroerend goed zijn veelvuldig aan vormvoorschriften onderworpen. Zo moet in Duitsland ingevolge par. 313 BGB ook een koopovereenkomst in notariële vorm plaatsvinden, en is in de Anglo-amerikaanse landen een mondeling gesloten koopovereenkomst inzake onroerend goed 'unenforceable'.⁵⁰⁶ Met betrekking tot schenkingen vallen in Enge-

504. HR 14 juni 1968, NJ 1968, 331. Vgl. Van Dunné, Netherlands Reports to the Thirteenth International Congress of Comparative Law, Montreal 1990, Asser Instituut 1990, blz. 78, voor een andere opvatting.

505. Waarbij hier wordt geabstraheerd van de vraag of dat onder de omstandigheden gerechtvaardigd zou zijn geweest.

Ten aanzien van Mooney v. Craddock en Polak/Zwolsman kan worden opgemerkt, dat beide gevallen, resp. in Amerika en in Nederland, wel onder de figuur van de afgebroken onderhandelingen worden gebracht. Het komt mij voor dat ze daar niet werkelijk thuishoren, hoewel toegegeven moet worden, dat van grensgevallen sprake is.

506. En wel op grond van de Statute of Frauds. Zie hierover de handboeken, vgl. ook Zweig-

land en in Amerika vanwege het consideration-vereiste de eisen nog strenger uit, zonder vorm is er helemaal geen overeenkomst. Ook de overdracht van onroerend goed is overal aan strenge voorwaarden gebonden. De ratio van dit alles dringt zich op en behoeft geen nadere uitleg.

Maar ook hier is het leven sterker dan de leer. Veelvuldig, en van oudsher, wint het *fait accompli* het van de vormvoorschriften; valt een rechterlijke beslissing anders uit, dan is de kans groot dat zij aan hevige kritiek wordt onderworpen. Zo is in Duitsland de volgende beslissing van het BGH scherp veroordeeld.⁵⁰⁷ Een echtpaar sloot een overeenkomst met een woningbouwvereniging met betrekking tot een 'Kaufeigenheim', waarvan de bouwvereniging er op eigen grond een aantal zou neerzetten. De overeenkomst werd schriftelijk gesloten maar niet 'notariell beurkundet', en was dus nietig. Heling van het vormgebrek, op grond van par. 313 BGB van rechtswege volgend op overschrijving van de overdracht in de openbare registers, vond niet plaats, omdat ook een dergelijke overdracht achterwege bleef.

Het echtpaar trok in het huis en kwam alle verplichtingen uit de overeenkomst na. Na vier jaar kwam het tussen de partijen tot meningsverschillen met name vanwege het feit dat het echtpaar — zoals de rechter vaststelde: terecht — weigerde door de bouwvereniging opgelegde eigendomsbeperkingen (erfdienstbaarheid, recht van terugkoop) te accepteren. De woningbouwvereniging beriep zich daarop op de nietigheid van de koopovereenkomst. Zij werd in hoogste instantie, na bij de lagere rechter nul op het rekest te hebben gekregen, uiteindelijk in het gelijk gesteld. Het echtpaar moest het huis verlaten omdat, zoals het Bundesgerichtshof vaststelde, par. 313 de rechtzekerheid dient

'und es geht nicht an, sie aus allgemeinen Billigkeitserwägungen ausser Anwendung zu lassen; (. . .) ein (. . .) Ausnahmefall ist nicht schon dann gegeben, wenn die Nichtanerkennung des formnichtigen Vertrags zu einem harten Ergebnis für den dadurch betroffenen Vertragsteil führen würde; das Ergebnis muss vielmehr schlechthin untragbar sein'.

Soortgelijke problemen worden doorgaans op andere wijze opgelost⁵⁰⁸, vanuit de gedachte die Lorenz vertolkt wanneer hij opmerkt dat de jurist

'bei solchen Lebenssachverhalten von der sozialen Wirklichkeit Kenntnis nehmen (muss)'⁵⁰⁹,

→ gert/Kötz II par. 4. 'Unenforceable' staat overigens niet voor 'nietig', de overeenkomst is echter niet afdwingbaar.

507. BGH, NJW 1965, 812.

508. In Nederland doet ook deze problematiek zich niet voor. De tussen partijen gesloten koopovereenkomst, die door het daarop volgend gedrag van partijen in rechte eenvoudig bewijsbaar is, is rechtsgeldig, de woningbouwvereniging is tot overdracht verplicht. Bovendien is de Nederlandse jurist ook hier, als elders, bereid elk probleem toe te dekken met de mantel van de redelijkheid en de billijkheid, vgl. wat vormvereisten betreft Asser-Rutten-Hartkamp II, nrs. 222 en 311.

509. JuS 1966, 11, blz. 431.

met andere woorden, betekenis moet toekennen aan de simpele feiten. Zo kent ook het Duitse recht verschillende voorbeelden van erkenning van het *fait accompli* in vergelijkbare omstandigheden.⁵¹⁰ De sterkste traditie echter, heeft zich ontwikkeld in Engeland en in Amerika. Het gaat daarbij in het overgrote deel om gevallen waarin personen op uitnodiging van familieleden (ouders, grootouders, ooms en tantes, neven) hun woonplaats verlaten, zonder zich om juridische plichtplegingen te bekommeren maar vertrouwend op de gedane toezeggingen het aangeboden huis betrekken, land bewerken, investeren in grond en gebouwen; om op een bepaald moment (na ruzie, of na een sterfgeval) te horen te krijgen dat ze zonder recht of titel op de zaak van een ander zitten. In dergelijke gevallen wordt soms een woonrecht voor het leven, veelvuldig een plicht tot overdracht aangenomen, nu eens op grond van rechtsverwerking, dan weer – ondanks alles wat daarmee strijdig is – op grond van overeenkomst.⁵¹¹ De constante factor echter, die al deze gevallen tot een eenheid bindt, is de feitelijke onomkeerbaarheid van wat er tussen partijen is voorgevallen. Exemplarisch is het Engelse geval van *Pascoe v. Turner*.⁵¹² De weduwe Turner trekt als huishoudster bij Pascoe in. Na verloop van tijd gaan zij samenleven als man en vrouw. In 1965 trekken ze samen in een ander huis, dat door hem wordt gekocht. Tegen Turner zegt hij met regelmaat: *It's all yours*. . . Op grond van die toezegging financiert zij verbouwingen, en investeert op andere wijzen in het huis, hoewel dit niet aan haar wordt overgedragen. In 1976 ontmoet Pascoe een andere vrouw, waarop hij Turner verzoekt 'zijn' huis te verlaten. De Engelse rechter echter, veroordeelt Pascoe tot overdracht van het huis aan Turner.

'In reliance upon the plaintiff's declaration of gift (. . .) *she arranged her affairs on the basis that the house and contents belonged to her*'.

In Amerika wordt op grond van hetzelfde criterium via twee wegen een zelfde resultaat bereikt. Het *reliance principle* van par. 90 enerzijds, bestendigt oude rechtspraak op dit gebied, zoals blijkt uit *Illustration 16*⁵¹³:

'A orally promises to give her son B a tract of land to live on. As A intended, B gives up a homestead elsewhere, takes possession of the land, lives there for a year and makes substantial improvements. A's promise is binding'.

Anderzijds is in par. 129 van de *Restatement (second) on Contracts* met evenzoveel woorden vastgelegd dat hij die in strijd met de vormvoorschriften van de Sta-

⁵¹⁰. Zie allereerst het in de Inleiding aan de orde gestelde geval, BGH 6 maart 1977, NJW 1978, 154, en voorts BGHZ 16, 334, NJW 1972, 1189.

⁵¹¹. Zie voor Engeland, *Jones v. Jones* [1977] 1 W.L.R. 438; *Pascoe v. Turner* [1979] 1 W.L.R. 431; *Re Sharpe* [1980] 1 W.L.R. 219; *Greasley v. Cooke*, [1980] 1 W.L.R. 1306. Voor Amerika, *Freeman v. Freeman*, 43 N.Y. 34 (1870); *Seavey v. Drake*, 62 N.H. 393 (1882); *Roberts-Horsfield v. Gedicks*, 94 N.J. Eq. 82, 118 A. 275 (1922); *Greiner v. Greiner*, 131 Kan. 760, 293 P. 759 (1930). ⁵¹². [1979] 1 W.L.R. 431.

⁵¹³. Gebaseerd op *Greiner v. Greiner*, 131 Kan. 760, 293, P. 759, (1930), dat teruggaat op een lange traditie. Vgl. Farnsworth, blz. 90.

tute of Frauds⁵¹⁴ gecontracteerd heeft met betrekking tot rechten op onroerend goed, ondanks dit vormgebrek de overeenkomst moet nakomen,

'if it is established that the party seeking enforcement, in reasonable reliance on the contract and on the continuing assent of the party against whom enforcement is sought, has so changed his position that injustice can be avoided only by specific performance'.⁵¹⁵

Ook hier is 'change of position', tegen de regel van het recht in, bron van verbin-tenis.

27. *Uitvoering van overeenkomsten*

Ook bij de uitvoering van overeenkomsten kan het fait accompli een aanvullende rol spelen. Een sprekend voorbeeld levert het arrest inzake Guliker/Ago.⁵¹⁶ Guliker had zijn opstallen bij Ago verzekerd tegen stormschade. In een gesprek dat aan het sluiten van de overeenkomst vooraf ging, werd tevens, terloops, gesproken over een brandschadeverzekering die Guliker op dat moment elders had lopen. Ter sprake kwam dat Guliker dit risico te zijner tijd mogelijk ook bij Ago zou onderbrengen. In de polis echter werd, per vergissing en in strijd hiermee, vermeld dat de afgesloten verzekering ook brandschade zou dekken. Toen Guliker inderdaad brandschade leed, waarvoor hij elders was verzekerd maar voor een te laag bedrag, claimde hij op grond van de polis dekking bij Ago. Inzet van de daarop volgende procedure, was de vraag of door de afgifte van een polis waarin het brandrisico – in strijd met wat overeengekomen werd – gedekt was, de aanvaarding van die polis door Guliker, het achterwege blijven van een protest of rechtzetting van de kant van Ago en de inning gedurende twee jaar van de in de polis voorziene premie, een verzekeringsovereenkomst met dekking mede van het brandrisico tot stand was gekomen. De rechtbank wees de vordering van Guliker toe, het hof vernietigde het vonnis van de rechtbank, de Hoge Raad verwierp het cassatieberoep van Guliker. Guliker had, onder de omstandigheden, niet mogen vertrouwen dat het insluiten van het brandrisico niet op een vergissing berustte.

Dit arrest wordt belangwekkend vanwege hetgeen door de Hoge Raad ten overvloede werd overwogen. Dit obiter luidt als volgt:

514. Zie noot 506.

515. Specific performance, nakoming, is in het Engelse en Amerikaanse recht in geval van wanprestatie niet een zo voor de hand liggende remedie als in het Nederlandse systeem, zij is aan nogal wat beperkingen onderworpen, zie voor het Engelse recht Chitty, nr. 1861, voor het Amerikaanse recht Farnsworth, blz. 818 e.v. Schadevergoeding in geld is, historisch gezien, de norm; nakomen wat is overeengekomen, specific performance, de uitzondering. Hierop was één uitzondering, vgl. Farnsworth blz. 821: 'Only for land, which English courts regarded with particular esteem, was a general exception made, on the ground that each parcel of land was "unique" so money damages were inadequate'. Deze lijn van specific performance is doorgetrokken: in geval van een op grond van een vormgebrek nietige overeenkomst, moet de grond aan de wederpartij worden gelaten wanneer deze 'changed his position' in vertrouwen op de 'overeenkomst'.

516. HR 8 juli 1982, NJ 1983, 456.

'Hierbij kan nog worden opgemerkt dat, gezien het belang van de verzekeringspolis in het verkeer, een vergissing in de polis als in dezen door de verzekeraar gemaakt, wanprestatie aan de kant van de verzekeraar ten aanzien van zijn verplichting tot het afgeven van een juist geformuleerde polis kan opleveren, welke wanprestatie hem aansprakelijk zou kunnen doen zijn voor de daardoor veroorzaakte schade, met name wanneer op een later moment door de verzekerde of iemand die zijn verzekeringszaken behartigt, op grond van de polis zoals die luidt wordt aangenomen dat het in de polis als medegedeekt vermelde risico een — nieuwe — verzekering overbodig maakt'.

Met andere woorden, is een polis niet juist geformuleerd, *en wordt daarop gehandeld*, — bij voorbeeld door het niet afsluiten van een nieuwe verzekering — dan kan de verzekeraar voor de schade die daaruit voortvloeit aansprakelijk zijn. Dit is een zuivere toepassing van het *fait accompli* als bron van verbintenis. De Hoge Raad schuift hier weliswaar de wanprestatie als verbintenisscheppend moment onder, maar deze is daarvoor allerminst onmisbaar, in feite zelfs oneigenlijk, en geeft daardoor ook aanleiding tot misverstand. Zo vraagt bijvoorbeeld Wachter zich af waarom de Hoge Raad niet simpelweg constateert dat

'het opmaken en toezenden van een polis, die het overeengekomene niet juist weergeeft, als regel wanprestatie *oplevert*?'⁵¹⁷

De Hoge Raad zegt dat (welovertwogen) niet, omdat het niet zo is. Niet het afgeven van een onjuiste polis levert wanprestatie op, of — beter gezegd — roept een verbintenis tot schadevergoeding in het leven. Het afgeven van een onjuiste polis *kán* dat gevolg teweegbrengen, maar slechts dan, wanneer in vertrouwen op die polis iets wordt ondernomen of wordt nagelaten, met andere woorden, wanneer de verzekerde 'zijn positie verandert' naar aanleiding van, zijn leven inricht op, de foutieve polis. Heeft dit '*fait accompli*' zich voorgedaan en volgt *dán* schade, *dán* kan de verzekeraar voor deze schade aansprakelijk zijn. Dit is wat de overweging van de Hoge Raad in wezen inhoudt. Maar dan moet de wanprestatie die de Hoge Raad opvoert ook gezien worden voor wat zij is, als een kapstok om een gewenst resultaat: aansprakelijkheid voor 'voortbouwend handelen', mogelijk te maken. De rechtsregel die de Hoge Raad hier opstelt, verschilt wezenlijk op geen enkele manier van het Amerikaanse promissory estoppel. Vergelijking met een Amerikaans verzekeringsgeval, *Prudential Insurance Co. of America v. Clark*⁵¹⁸, laat dit zien.

Clark werd benaderd door een verzekeringsagent met het aanbod een levensverzekering af te sluiten. Clark had een dergelijke verzekering lopen bij een andere maatschappij, die vliegongevallen en oorlogsgeweld als risico had uitgeslo-

⁵¹⁷ NJ 1983, blz. 1436, l.k.

⁵¹⁸ 456 F.2d 932 (5th Cir. 1972). Vergelijk voor een parallel Duits geval NJW 1973, 1790. Hier werd een verzekering afgesloten zonder dekking van een bepaald risico waarbij de verzekeringnemer kenbaar belang had. De verzekeraar kruiste in de polis bij de totstandkoming van de overeenkomst niet alle voor de verzekeringnemer belangrijke risico's aan. Hij was gehouden een schade te voldoen die niet in de polis werd gedekt. In Duitsland wordt ook deze aansprakelijkheid onder de rechtsfiguur van de culpa in contrahendo gebracht.

ten. De agent van Prudential vertelde Clark dat deze uitsluitingen in een polis die Clark met hem zou afsluiten niet zouden voorkomen. Clark zegde daarop zijn lopende verzekering op en sloot een nieuwe levensverzekering af, thans bij Prudential. Clark kwam daarna om bij een helicopterongeval in Vietnam. De maatschappij betaalde de verzekerde, maar eiste later het uitbetaalde bedrag terug omdat de doodsoorzaak in de polis niet werd gedekt. De rechter wees de claim van Prudential af, de verzekerde som was verschuldigd niet op grond van overeenkomst, maar op grond van promissory estoppel.

Hier doet zich een geval voor, dat – zij het spiegelbeeldig – precies past in de Guliker/Ago-regel. Clark *handelt* in gerechtvaardigd vertrouwen op de totstandkoming van een verzekering van een bepaalde inhoud. De enige reden voor Clark om zijn lopende verzekering op te zeggen en over te gaan naar een andere maatschappij, was er in gelegen dat hij niet gedekte risico's wel gedekt wilde zien. Clark heeft zijn leven ingericht op de totstandkoming van een levensverzekering met uitgebreide dekking. Er is een *fait accompli* in het leven geroepen. Volgt later schade, dan is de verzekeraar op grond daarvan gebonden. 'Change of position' bestrijkt ook het terrein van de uitvoering van overeenkomsten.

28. *Onrechtmatige daad*

De onrechtmatige daad is de minst 'gejuridiceerde' bron van verbintenis in een rechtssysteem dat in zijn totaliteit kan worden teruggebracht tot het ene gebod van het *neminem laedere*. Alle andere bronnen van verbintenis – zelfs de overeenkomst – vormen tenslotte verfijningen van, zijn terug te brengen tot, het ene gegeven dat in een menselijke samenleving respect noodzakelijk wordt geacht voor wat aan de ander toekomt – zij het de nakoming van een afspraak, zij het de integriteit van zijn persoon en zijn goederen⁵¹⁹ – en dat op schending van dit recht sancties zijn gesteld. De onrechtmatige daad als bron van verbintenis is een rechtstreekse reactie van de wet op een *fait accompli*. Deze bron van verbintenis kan dan ook niet wezenlijk worden 'aangevuld'. Wat in de loop van de tijd verandert, is de reactie van de samenleving op de afbakeningsproblematiek.⁵²⁰ Het onrechtmatige daadsbegrip wordt aangevuld, uitgebreid, door vernieuwing van de inhoud van de voor schadevergoeding noodzakelijk geachte voorwaarden, zoals dat in Nederland zijn: 'schuld, schade, en causaal verband'.⁵²¹ Voorts worden er van tijd tot tijd arresten gewezen waarin de betekenis van deze elementen scherper wordt gesteld en een al te gedachteloos omgaan met die elementen wordt afgeremd. Het arrest Haverschmidt/Van der Willigen⁵²², is een in dit opzicht verhelderend arrest. Het *fait accompli* als 'case law underground'⁵²³, wordt op onmiskenbare wijze in het blikveld getrokken.

Dit is wat er gebeurde. Van der Willigen koopt een aantal percelen van Casa-

519. Het is zeer wel denkbaar dat het gehele verbintenissenrecht is ontstaan uit de onrechtmatige daad. Zie voor de common law en de verhouding tussen contract en onrechtmatige daad, Simpson, *A History of the Common Law of Contract*, Clarendon Press Oxford 1975, blz. 406 e.v.

520. Zie noot 474 en bijbehorende tekst.

521. Zie onder nr. 12.

522. HR 8 juli 1987, NJ 1987, 19.

523. Zie Inleiding.

Nova. Afgesproken wordt dat van de koopsom een bepaald bedrag in depot zal blijven bij notaris Haverschmidt. Dit gebeurt op verzoek van de (transporterende) notaris Drost, die de koopsom aan Haverschmidt overmaakt met de mededeling dat hiervan f 57 500 in depot dient te blijven. Een gedeelte daarvan kan aan Casa-Nova worden uitgekeerd na reiniging en voeging van de gevels van het door Van der Willigen gekochte, waartoe Casa-Nova zich kennelijk heeft verplicht, waarna f 50 000 kan volgen na juridische splitsing van de percelen in appartementsrechten. De verplichting tot splitsing wordt door Casa-Nova niet nagekomen. Zij wordt daartoe in kort geding veroordeeld, waarna in een later vonnis nog de veroordeling volgt om aan Van der Willigen de splitsingskosten te voldoen. Tevens wordt beslag gelegd op het depot van f 50 000, dat — daar is op een bepaald moment naar geïnformeerd — door Van der Willigen nog aanwezig wordt geacht. Casa-Nova werkt niet mee aan een splitsing en betaalt evenmin. Korte tijd later wordt zij in staat van faillissement verklaard. Als dan blijkt, dat het depot niet meer bij Haverschmidt aanwezig is, vordert Van der Willigen van deze laatste f 50 000 schadevergoeding.

Hier gaat het om het volgende. Het hof spreekt als zijn oordeel uit dat

‘Haverschmidt door de schijn te wekken het depot onder zich te hebben, zich heeft schuldig gemaakt aan een onrechtmatige daad tegenover Van der Willigen’.

De Hoge Raad denkt hier anders over en overweegt:

‘Tot voormeld oordeel had het hof (. . .) slechts mogen komen wanneer het had vastgesteld dat Van der Willigen op de juistheid van haar veronderstelling dat de verklaring van Haverschmidt juist was iets had gedaan of nagelaten en in verband daarmee de schade op f 50 000 kan worden gesteld’.

Tussen twee notarissen wordt een afspraak gemaakt ten behoeve van Van der Willigen. Van der Willigen zal er normalerwijze van uit mogen gaan, dat deze afspraak wordt nagekomen. Gebeurt dit echter niet, dan levert dit niet zonder meer een onrechtmatige daad op. De overweging van de Hoge Raad komt er op neer, dat slechts wanneer Van der Willigen naar aanleiding van die afspraak actie onderneemt, ofwel: zijn positie verandert, er sprake is van schade en (dus) van een onrechtmatige daad.

Nieuw is de duidelijke vaststelling dat ‘change of position’, dus het gedrag van de gelaedeerde zelf — onder de voorwaarde dat er sprake is van een situatie waarin bij hem vertrouwen op een bepaalde verklaring of gedraging aanwezig mag zijn — een verbintenis tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad in het leven kan roepen. Het fait accompli dat aan de wortel van elke verbintenis uit onrechtmatige daad ligt, treedt hier in een nieuwe zetting naar buiten. Het arrest is voorts van wezenlijk belang omdat het ten eerste de aandacht vestigt op de noodzaak het schadebegrip zuiver te houden, ten tweede de ondergeschikte rol van het vertrouwen zo duidelijk benadrukt.⁵²⁴

524. Schadebegrip zowel als de rol van het vertrouwen worden door Van Erp, diss. blz. 90 e.v., mis-

29. *Onverschuldigde betaling*

Oud en Nieuw BW gaan er beiden van uit, dat degene die een ander zonder rechtsgrond een goed heeft gegeven, dit als onverschuldigd betaald kan terugvorderen, zie de art. 1395 BW en 6:203 lid 1 Nieuw BW. Maar het Nieuw BW laat het daar niet bij. Het richt zijn blik ook op de ontvanger en bepaalt in art. 6:207 dat van hem *niet* kunnen worden teruggevorderd die uitgaven, die zouden zijn uitgebleven als hij het goed niet had ontvangen. Meijers zegt hierover dat

‘het ontvangen van het goed, hetzij dit in een geldsom bestond, dan wel een goed van andere aard was, de ontvanger er toe (kan) hebben gebracht uitgaven te doen die niet op het ontvangen goed zelf betrekking hebben, maar die hij zich toch niet zou hebben gepermitteerd als de ontvangst niet had plaatsgevonden. Het kan billijk zijn dat aan de ontvanger van wie teruggave van het goed wordt gevorderd en die er in slaagt het verband tussen de ontvangst van de betaling en de schade of de uitgaven aan te tonen, een vergoeding voor dergelijke schade en uitgaven wordt toegekend’.⁵²⁵

→
verstaan. Hij stelt, blz. 91: ‘Dat de Hoge Raad betekenis hecht aan het bij Van der Willigen ontstane vertrouwen acht ik juist. Het ontstaan en bestaan van vertrouwen bij één of beide bij een rechtsrelatie betrokkenen, is een belangrijk gegeven. De daarop volgende slotsom, dat door het Hof niet is vastgesteld dat er gebaseerd op dit vertrouwen iets is gedaan of nagelaten en in verband daarmee de schade op f. 50 000 kan worden gesteld, begrijp ik niet goed’. Van Erp zet dan uiteen dat door Van der Willigen reeds op dat vertrouwen gehandeld was: ‘Van der Willigen was, menend dat er een overeenkomst van depot bestond, overgegaan tot betaling van de volledige koopprijs. De door Haverschmidt gedane toezegging dat het geld nog bij hem in depot was, bevestigde Van der Willigen alleen nog maar in dit vertrouwen. Nu hij mijns inziens mocht vertrouwen dat er een depotovereenkomst bestond, rijst de vraag of Haverschmidt onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld’. Van Erp vindt dat dit onder de omstandigheden inderdaad mag worden aangenomen en dat ‘de schade bestaat uit het verdwenen depot’, blz. 92. De kernbegrippen vertrouwen, handelen op grond daarvan, en schade, worden hier naar het mij voorkomt alle onzuiver benaderd. Is het al weinig productief vertrouwen te kenschetsen als ‘een belangrijk gegeven’, het voor enig rechtsgevolg noodzakelijke handelen kan in casu niet hebben bestaan uit het betalen van de koopprijs: Van der Willigen was daartoe simpelweg contractueel verplicht. Evenmin kan het verdwijnen van het depot als schade worden aangeduid, de f. 50 000 behoorden tot het vermogen van de (failliete) Casa-Nova BV en waren dus hoe dan ook buiten bereik van Van der Willigen. Er was geen schade en dus per definitie geen ‘onrechtmatige daad’, zie ook Van der Grinten in zijn noot onder het arrest, NJ 1987, blz. 99 i.f. Stel echter, voortbordurend op wat de Hoge Raad in dit arrest overweegt, dat Casa-Nova aan Van der Willigen aanbiedt de opeisbare schuld contant te betalen tegen een korting van tien procent vlak nadat Van der Willigen van Haverschmidt heeft begrepen dat het depot nog aanwezig is. Van der Willigen wijst het aanbod af omdat hij er van uit gaat de volle som te kunnen ontvangen. Korte tijd later blijkt het depot verdwenen en Casa-Nova biedt geen verhaal meer. In dat geval heeft Van der Willigen zijn leven ingericht op een mededeling van Haverschmidt en wanneer de omstandigheden zodanig zijn dat aan de voorwaarde dat hij op die mededeling mocht vertrouwen is voldaan, bedraagt de schade die hij lijdt de verschuldigde 50 000 gulden minus tien procent, te vorderen van Haverschmidt. Dat Haverschmidt in het ene geval ‘geluk’ en in het andere geval ‘pech’ heeft, is minder relevant dan het feit dat Van der Willigen in het ene geval geen, en in het tweede geval wel schade lijdt, en daar zit de kern. Datzelfde geldt overigens ook voor rijden onder invloed en gooien met stenen: soms gaat het goed, soms loopt het mis, en alleen in het laatste geval komen er schadeclaims. Zie voor de vraag hoe achterop komende gebeurtenissen van belang kunnen zijn ook bij het ontstaan van rechtshandelingen, Nieskens-Isphording, WPNR, 5847 (1987) blz. 579 e.v. 525. Parl. Gesch. Boek 6, blz. 814.

Met andere woorden: in geval van een *fait accompli*, gaat de vordering uit onverschuldigde betaling (geheel of gedeeltelijk) *teniet*. Wel wordt er een zware bewijslast gelegd op de ontvanger. Dit sluit aan bij het Engelse recht. Goff & Jones merken op dat

‘there is much to be said in principle for the view that a defendant should not be called upon to refund money if he has bona fide changed his position as result of the payment’⁵²⁶,

maar voegen daar aan toe:

‘The defence of change of position may be generous; but the decisions from the jurisdictions which accept it suggest that it is not easily established. The mere spending of the money is not, in itself, sufficient to establish the defence. So, where the recipient has spent the money simply on ordinary living expenses, or in payment of previous debts, the payer can recover’.

Deze opvatting van de Engelse rechter onderstreept in feite slechts, dat er inderdaad sprake moet zijn van ‘change of position’. Het betalen van schulden en het besteden van onverschuldigd ontvangen gelden aan kosten van levensonderhoud, kan daar niet toe gerekend worden. De Engelse voorbeelden, waarvan er vele zijn⁵²⁷, en die in de tijd ruim vooruit lopen op de Nederlandse jurisprudentie, laten duidelijk zien waar het om gaat. In *Holt v. Markham* bij voorbeeld⁵²⁸, heeft de in 1919 gedemobiliseerde RAF-man Markham per vergissing een veel te hoge bonus gekregen bij het verlaten van de dienst, vanwege het feit dat zijn naam op een verkeerde lijst was gezet. De bankier die als vertegenwoordiger van de overheid de uitkering heeft gedaan, vordert terug uit onverschuldigde betaling. Markham echter, heeft een groot deel van het geld geïnvesteerd in een bedrijf dat inmiddels failliet is gegaan. De rechter oordeelt dat onder de omstandigheden waarin

‘the defendant had been led by the plaintiff’s conduct to believe that he might treat the money as his own and in that belief *had altered his position* by spending it’,

de eiser geen beroep kan doen op het feit dat hij per vergissing teveel heeft betaald. Ook de Hoge Raad heeft, in een resolute uitspraak, ‘change of position’ voldoende grond geoordeeld om een vordering uit onverschuldigde betaling te niet te doen gaan, daarbij veel verder gaand dan Meijers voor het Nieuw BW – getuige zijn boven geciteerde Toelichting – voor ogen stond. Niet valt te constateren of de Hoge Raad, die aan zijn oordeel in casu rechtsverwerking ten

⁵²⁶ Restitution, blz. 545.

⁵²⁷ Zie Goff & Jones, Restitution, blz. 545 e.v.

⁵²⁸ [1923] 1 K.B. 504. Een aardig Duits voorbeeld is dat van de ontvanger van een onverschuldigde betaling die het geld uitleent aan een oplichter en op die grond zijn verplichting tot terugbetaling ziet vervallen, BGH JZ 1961, 699.

grondslag legde, wetens en willens op het Nieuw BW heeft geanticipeerd. Wel kan worden vastgesteld, dat aan de tot dat moment aanvaarde voorwaarden voor rechtsverwerking in het arrest Apothekers/Klijnsen in ieder geval niet voldaan werd.

Het betrof een geval van twee ziekenfondsen en twee apothekers die – in strijd met een op de Ziekenfondswet steunend verstrekingsbesluit – overeen waren gekomen dat aan de apothekers voor aan patiënten verstrekte loco-preparaten, de prijs van (duurdere) specialité's minus 10 procent zou worden betaald. Na enige jaren wilden de ziekenfondsen op die afspraak terugkomen, bovendien wensten zij het teveel betaalde terug te vorderen. De apothekers beriepen zich op het bij hen gewekte vertrouwen met betrekking tot de betalingen. De Hoge Raad overwoog dat de ziekenfondsen

'in de gegeven omstandigheden in verband met de door hen gedurende vele jaren ingenomen houding en het daardoor bij de apothekers gewekte vertrouwen, in 1976 in zoverre niet meer op die houding konden terugkomen dat zij toen niet meer konden terugvorderen wat zij over de afgelopen jaren zonder voorbehoud hadden voldaan'.⁵²⁹

De Hoge Raad zet deze omstandigheden uiteen, en stelt vast dat de ziekenfondsen door te handelen zoals zij deden de gerechtvaardigde indruk hebben gewekt de bedoelde declaratie-methode te accepteren, terwijl zij

'zich ervan bewust waren dat de apothekers in verband met het op grote schaal bereiden van de door hen aldus gedeclareerde locopreparaten aanzienlijke kosten moeten hebben gemaakt'.

Uit de opbouw van de overweging van de Hoge Raad – die eerst de feiten weergeeft zoals die door het hof zijn vastgesteld; daarna de constatering van het hof dat deze feiten het gewekte vertrouwen konden rechtvaardigen, tot de zijne maakt; en tot slot overweegt dat op grond van dit vertrouwen aanzienlijke kosten zijn gemaakt; waarna het oordeel van het hof dat hier van rechtsverwerking sprake is, wordt bevestigd – mag worden afgeleid dat met name de gemaakte kosten, die als sluitsteen van het betoog worden opgevoerd, doorslaggevend zijn voor het honoreren van het gewekte vertrouwen. De apothekers hebben hun bedrijfsvoering ingericht op de afspraak met de ziekenfondsen. Pas dit feit ontnemt de ziekenfondsen het recht het onverschuldigd betaalde terug te vorderen. Dat de apothekers per saldo een *voordeel* kunnen behouden (immers, teruggevorderd kan slechts worden wat de apothekers hebben ontvangen boven de hun wettelijk toekomende vergoeding) vindt de Hoge Raad niet ter zake. En hier wordt het interessant, want voor rechtsverwerking wordt nadeel essentieel geacht. Zo schrijft G.J. Scholten nog in 1977:

529. HR 5 november 1982, NJ 1984, 125.

‘De vraag kan gesteld worden: is er dan nooit rechtsverwerking als er geen nadeel is. Het antwoord moet luiden: inderdaad, dat is er nooit’.⁵³⁰

En Brunner in zijn annotatie bij het Apothekers-arrest in kwestie, zet vraagtekens bij de uitspraak van de Hoge Raad:

‘Ik trek (...) in twijfel of de apothekers bij de terugvordering door de ziekenfondsen van wat in strijd met de wet was betaald, enig nadeel zouden hebben gehad, anders dan dat hun een onrechtmatige winst zou zijn ontgaan. En een dergelijk nadeel, in de zin van negatief belang, is voorwaarde voor rechtsverwerking’.⁵³¹

Het Apothekers-arrest kan dan ook alleen verklaard worden vanuit de gedachte van het *fait accompli*. De apothekers hebben op grond van de afspraak met de ziekenfondsen extra kosten gemaakt voor personeel, apparatuur, grondstoffen. *Hierin* is de rechtvaardiging voor de rechtsgevolgen, in dit geval het tenietgaan van verbintenissen, gelegen. Want voor (het ontstaan of vervallen van) verbintenissen op grond van ‘change of position’ is nadeel in de zin van negatief belang *niet* vereist. Op grond van de ondernomen actie worden de zaken geaccepteerd zoals ze zijn gelopen. De Hoge Raad heeft de konsekwenties hiervan – er is te veel gebeurd dat niet kan worden teruggedraaid – in volle omvang aanvaard, daarmee een stap verder gaand dan Meijers, aan wie een vergoeding voor de *uitgaven*, die in causaal verband staan met de onverschuldigde betaling, voor ogen stond.

In het arrest Apothekers/Klijnsen, heeft de Hoge Raad, algemeen gesteld, de figuur van de rechtsverwerking – want zijn oordeel in casu is immers op rechtsverwerking gebaseerd – verbreed. Nadeel in de zin van negatief belang is niet langer voorwaarde voor rechtsverwerking; actie ondernemen op gerechtvaardigd vertrouwen, is daarvoor voldoende. In het bijzonder kan worden vastgesteld, dat met betrekking tot de vordering uit onverschuldigde betaling, het *fait accompli* als een wijze van tenietgaan van verbintenissen is geaccepteerd. Het spiegelbeeld van deze regel – wel vertrouwen, geen *fait accompli*, niets staat vordering uit onverschuldigde betaling in de weg – gaf de Hoge Raad een aantal jaren later met het arrest Gem. Heesch/Van de Akker.⁵³² Een particulier betaalt aan een gemeente een bepaald bedrag in ruil voor toestemming de uitweg naar een bouwterrein te versterken. De gemeente meent hiervoor betaling te mogen vragen op grond van een arrest van de Hoge Raad. Later neemt de Afdeling rechtspraak van de Raad van State met betrekking hiertoe echter een ander standpunt in, waarna Van de Akker het aan de gemeente betaalde terugvordert als onverschuldigd. De Hoge Raad geeft hier, los van de casus, de volgende algemene regel met betrekking tot onverschuldigde betaling: aan de toewijzing van een vordering uit onverschuldigde betaling staat niet in de weg *de enkele omstandigheid* dat de ontvanger meende en mocht menen dat zij tot de

530. Noot onder HR 5 november 1976, NJ 1977, 182.

531. NJ 1984, blz. 480.

532. HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723.

prestatie gerechtigd was. Kennelijk is er meer nodig; dit meerdere kan slechts zijn gelegen in een – causaal verbonden – ‘change of position’.⁵³³

30. *Ongerechtvaardigde verrijking*

Het Nieuw BW heeft de algemene regel die degene, die ten koste van een ander ongerechtvaardigd is verrijkt, verplicht de benadeelde schadeloos te stellen⁵³⁴, aanvaard. Onder deze ongerechtvaardigde verrijkingsregel vallen gevallen als de volgende: eigendomsverkrijging door natrekking, vermenging en zaaksvorming; verrijking van de bloot-eigenaar door buitengewone herstellingen door vruchtgebruiker of erfpachter; betaling door een schuldenaar van een niet-opeisbare schuld; verrijking van een verhuurder door verbeteringen door de huurder aangebracht, en soortgelijke gevallen meer.⁵³⁵ Thans relevant is de vraag, of een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking, per definitie bestaande uit gevallen waarin aan een fait accompli rechtsgevolg wordt vastgeknoopt, ook kan ontstaan wanneer dit fait accompli bestaat uit een handelen volgend op gewekt vertrouwen. Aan de hand van een Amerikaans geval, kan precies worden getoond waar het hier om gaat.⁵³⁶

Aannemer Waxberg kreeg van Hill het verzoek een stuk grond bouwrijp te maken; wanneer Hill er in zou slagen de financiering rond te krijgen, zou Waxberg opdracht krijgen de grond te bebouwen. Hill liet een groot aantal werkzaamheden aan Waxberg over. Deze laatste onderhandelde met architecten, liet een proefboring op het terrein uitvoeren, en zette de gegevens met betrekking tot de noodzakelijke financiering op papier. De financiering kwam rond, maar de voorgenomen overeenkomst tussen Hill en Waxberg sprong af. Hill sloot een overeenkomst met een andere aannemer. Waxberg vorderde daarop zijn onkosten terug plus een vergoeding voor verrichte werkzaamheden. Deze vordering werd toegewezen op grond van ‘restitution’ en wel ‘for the value of the benefit which was acquired’. De motivering luidde dat

‘something in the nature of an implied contract results where one (1) *renders services* (2) *at the request of another* with the expectation of pay therefor, and in the process confers a benefit on the other’.⁵³⁷

533. Die zich in een geval als het onderhavige wel zeer moeilijk denken laat. Overigens laat dit arrest nogmaals zien hoe gemakkelijk de figuur ‘handelen in goed vertrouwen’ wordt misbegrepen. Door de advocaat van de gemeente Heesch wordt verdedigd, dat het onverschuldigd ontvangene niet kan worden teruggevorderd omdat de gemeente ‘heeft gehandeld in goed vertrouwen’ op het arrest van de Hoge Raad (‘Hoogeloon’). Hier wordt het vertrouwen gerelateerd aan de verkeerde handeling. De gemeente vroeg geld omdat zij meende dit te mogen, maar de overeenkomst was nietig en *dus* werd er onverschuldigd betaald. Vertrouwen op de geldigheid van de overeenkomst en daaruit voortvloeiende prestaties, wordt pas relevant wanneer *later* op grond van dit vertrouwen (als *conditio sine qua non*) actie wordt ondernomen. *Pas dit laatste handelen volgt het vertrouwen*. Zie voor een zelfde denkfout noot 524.

534. Zie onder nr. 12.

535. Asser-Rutten-Hartkamp III nr. 359.

536. Hill v. Waxberg, 237 F 2d. 936 (1956).

537. Curs. en cijfers toegevoegd.

Het 'implied contract' is hier minder gelukkig dan de door de rechter als relevant aangemerkte feiten. Hij behandelt (1) 'change of position' als gevolg van (2) opgewekt vertrouwen, onder de gegeven omstandigheden als een geval dat ongerechtvaardigde verrijking ten gevolge heeft gehad.

Een dergelijke denkwijze zou voor Nederland tot gevolg hebben, dat een geval als Katwijk/De Vroom⁵³⁸, onder nieuw recht onder de regel van art. 6:212 zou kunnen worden gebracht. Hier verrichtte een aannemer vooruitlopend op een overeenkomst werkzaamheden op dringend verzoek van een directeur van gemeentewerken, van wie hij weliswaar wist dat deze niet tot contracteren bevoegd was maar die hem wel herhaaldelijk had laten weten dat hem het contract zou worden gegund. Het contract ging naar een ander, de curator in het faillissement van de inmiddels in déconfiture geraakte aannemer, vorderde een vergoeding voor de verrichte werkzaamheden. Onder oud recht, dat de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking niet kende, moest worden gezocht naar aansluiting met een wel in de wet geregeld geval. Deze aansluiting, door het hof gevonden bij de regeling van nietige overeenkomsten, leverde geen goed recht op. De Hoge Raad wees de vordering af met de overweging dat prestaties die zijn verricht ingevolge een overeenkomst die later nietig wordt verklaard, niet op één lijn zijn te stellen met prestaties die zonder enige verplichting zijn verricht in de hoop en de verwachting dat een gedane offerte zal worden geaccepteerd.

Dit valt niet te ontkennen. Waaraan kan worden toegevoegd dat het, bij ontbreken van een algemene verrijgingsregel, onder oud recht ook niet bepaald eenvoudig was voor dit geval te komen tot 'een oplossing passend in het stelsel van de wet en aansluitend bij de wél in de wet geregelde gevallen'.⁵³⁹ Onder Nieuw BW, dat verbintenissen doet ontstaan 'wanneer dit uit de wet voortvloeit', kan onder de gegeven omstandigheden de verrijgingsregel — wanneer deze al niet rechtstreeks van toepassing wordt geacht — probleemloos met 'change of position' als aanvullende bron worden uitgebreid.⁵⁴⁰

Art. 6:212 lid 3 heeft, op dezelfde wijze als bij de onverschuldigde betaling, het fait accompli ingebouwd als omstandigheid die verbintenissen teniet doet gaan:

'Is de verrijking verminderd in de periode waarin de verrijkte redelijkerwijze met een verplichting tot vergoeding van schade geen rekening behoefde te houden, dan wordt hem dit niet toegerekend. Bij vaststelling van deze vermindering wordt mede rekening gehouden met uitgaven die zonder de verrijking zouden zijn uitgebleven'.

Wat men zich hierbij kan voorstellen, kan worden geïllustreerd aan de hand van het Amerikaanse geval *Moritz v. Horshman*.⁵⁴¹ Dit betreft een adoptiefzoon die na het overlijden van de (adoptief)vader, op gelijke voet met de eigen kinde-

538. HR 18 april 1969, NJ 1969, 336.

539. Vgl. HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 (Quint/te Poel).

540. Dit ligt ook in de lijn van de afwijzing die het arrest in kwestie in de literatuur ten deel is gevallen. Vgl. de annotator G.J. Scholten, NJ 1969 blz. 600, Schoordijk, *Onderhandelen*, blz. 52 e.v. 541. 9 N.W. 2d 868 (Mich. 1943).

ren meedeelt in de erfenis. Men gaat er daarbij van uit, dat ook hij wettelijk erfgenaam is. Wanneer zij later beseffen dat dit niet zo is, vorderen de erven het aan de adoptiefzoon toegedeelde van hem terug. Deze heeft in totaal \$ 13 000 ontvangen, waarvan nog een waarde van \$ 5 000 in aandelen aanwezig is. Drieduizend dollar is besteed aan een huis en meubilair, van de resterende \$ 5 000 kan hij geen precieze opgave doen, waarschijnlijk is, dat er veel van is uitgegeven aan artsen en medicijnen voor zijn zieke vrouw. De rechter beslist dat slechts de \$ 5 000 die nog aanwezig zijn, moeten worden terugbetaald. Deze beslissing, waaraan materieel de gedachte van 'change of position' ten grondslag moet liggen, wordt formeel door de rechter overigens op 'de billijkheid' gestoeld.

Voorts zijn in geval van ongerechtvaardigde verrijking als de verbintenis teniet doende 'change of circumstance' of 'change of position' aanvaard:

'Untergang, Verlust oder Diebstal des erhaltenen Gegenstandes; Verbrauch ohne Ersparnis oder Verkauf unter Wert; Ausgaben auf das Erhaltene; Eingehen von rechtlichen Bindungen, die überhaupt nicht oder nur unter Verlust wieder gelöst werden können; Aufgabe von Rechten und Sicherheiten; Versäumung rechtzeitiger Anspruchsdurchsetzung; unvorteilhafte Anlage des erhaltenen Geldes; Schenkungen aus dem Erhaltenen; Veruntreuungen durch Leute des Empfängers'.⁵⁴²

542. Zweigert/Kötz II blz. 321. Hierbij moet niet uit het oog verloren worden dat in het Amerikaanse recht onder 'restitution' zowel gevallen van onverschuldigde betaling als van ongerechtvaardigde verrijking vallen. Dit verandert inmiddels niets aan het beginsel.

Slotopmerkingen

‘... schliesslich ist es nicht Aufgabe der Wissenschaft, nach leichten und angenehmen Aufgaben zu suchen, sondern nach grossen und fruchtbaren’.

Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, blz. 408.

In deze studie wordt uitdrukkelijk *niet* gepleit voor de aanvaarding van ‘het fait accompli’ als een zelfstandige bron van verbintenis. Dit zou slechts tot gevolg hebben dat het beproefde, uitgekristalliseerde systeem van het verbintenissenrecht, zou terugvallen in zijn oervorm.⁵⁴³

Uitgegaan werd daarentegen van de these dat het fait accompli een *aanvullende* bron van verbintenis *is en behoort te zijn*. Niet Vertrouwen, maar Handelen-op-grond-van-vertrouwen kan in het systeem van het recht – los van de traditionele bronnen van verbintenis – rechtvaardiging zijn voor vermogensverschuivingen.

Doelstelling van dit werk was, deze ‘wet’, die ten grondslag ligt zowel aan het Nederlandse systeem als aan andere westerse rechtssystemen, op te graven en bloot te leggen.

Deze voor het privaatrecht ‘verborgen’ wet, is niet tot het privaatrecht beperkt. Wat hier fait accompli is genoemd (waarbij niet de naam doch de achterliggende gedachte van werkelijk belang is), staat in het publiekrecht bekend als ‘dispositie’. Dit dispositievereiste heeft echter in het publiekrechtelijk vertrouwensbeginsel – zoals in het reliance-principle van par. 90 van de Amerikaanse Restatement – van meet af aan op de voorgrond gestaan. Van Wijk/Konijnenbelt zegt hierover:

‘Het vertrouwensbeginsel verlangt dat de overheid gewekt vertrouwen niet mag beschamen. Wie op goede gronden meende te mogen vertrouwen dat een overheidsorgaan een bepaald beleid zou voeren *en op grond daarvan dingen heeft gedaan die hij anders niet, of anders zou hebben gedaan*, wordt door het vertrouwensbeginsel beschermd. (...) Hij heeft bijv., denkende dat zijn salaris een bepaalde hoogte had, uitgaven gedaan die hij zou hebben nagelaten als hij de echte (geringere) hoogte van het salaris had gekend; hij heeft een verzekering opgezegd, menende dat zijn aanmelding door het ziekenfonds was geaccepteerd; hij heeft personeel in dienst genomen, vertrouwende dat een subsidie zou doorgaan’.⁵⁴⁴

543. Zie Hoofdstuk I en met name de nrs. 9 e.v.

544. Hoofdstukken van Administratief Recht, Vuga 1984, blz. 91/92. Curs. toegevoegd.

Dit geldt ook voor het Duitse en Zwitserse publiekrecht, en wel in die mate dat – in Duitsland – veelvuldig niet van ‘Vertrauensschutz’ maar van ‘Dispositionsschutz’ wordt gesproken, terwijl in Zwitserland gebruikelijk is dat de rechter – zoals Weber-Dürler uiteenzet – de burger beschermt,

‘wenn er sein *Handeln* nach dem Verhalten der Behörde *ausgerichtet* oder im Vertrauen über seine Rechte *verfügt* habe. (. . .) Die im Vertrauen auf die staatliche Haltung vorgenommene Disposition des Bürgers wird – im Gegensatz zu der von einer Minderheit vertretene Auffassung – zur notwendigen Bedingung, ja erscheint sogar als der entscheidende Ansatzpunkt’.⁵⁴⁵

Dit gegeven vormt een argument te meer om het *fait accompli*, als rechtsvormend element ook in het privaatrecht, serieus te nemen. Het, jonge⁵⁴⁶, administratieve recht is zeker bewuster gevormd dan het moderne privaatrecht dat – rustend op eeuwenoude fundamenteën – met vallen en opstaan aan de veranderde maatschappelijke omstandigheden moest worden aangepast. Maar met stelligheid kan worden gezegd dat er geen reden is de overheid sterker te beschermen (*slechts* aansprakelijkheid wanneer de burger op grond van vertrouwen *heeft gehandeld*), dan de burger zelf (*reeds* aansprakelijkheid wanneer een (mede)burger op een gedraging of verklaring *heeft vertrouwd*).

In beide situaties is van belang, dat er niet *slechts* is gehandeld, maar dat er gehandeld *mocht worden*. Hier is sprake van een normatief element binnen het handelen. Gerechtvaardigd vertrouwen op een verklaring of gedraging die aan het handelen voorafging, is voor rechtsgevolg *conditio sine qua non*. Hieruit volgt tevens, dat niet het gedrag van de (later) verbondene doorslaggevend is voor rechtsgevolgen⁵⁴⁷, doch het daarop volgend gedrag van de persoon die zich op een vertrouwenssituatie beroept.

Een belangrijke, nog niet eerder ter sprake gekomen, factor bij dit alles is de vraag in hoeverre degene die gebonden blijkt te zijn op grond van handelen van een ander, zich bewust moet zijn geweest van de mogelijke gevolgen van zijn woorden of daden. Het Amerikaanse recht stelt in par. 90 van de Restatement:

‘A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding . . .’ etc.

Stoll vermeldt in het kader van de precontractuele verhoudingen voor het Duitse recht dat

‘sich auch der Vertrauensbewerber *bewusst sein (muss)*, dass sein Verhalten von dem Partner in jenem Sinne verstanden werden darf’.⁵⁴⁸

545. Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel und Frankfurt am Main 1983, blz. 19/20 en voorts passim. Curs. in het origineel.

546. Van Wijk/Konijnenbelt blz. 11.

547. Vgl. met betrekking tot mogelijke misverstanden in dit kader, de noten 524 en 533.

548. FS Flume blz. 755, noot 61.

Dit is in feite het probleem van de voorzienbaarheid. Is men alleen dan gebonden wanneer men redelijkerwijze moest/kon verwachten, dat bij de ander een vertrouwen werd gewekt dat tot handelen zou kunnen aanzetten? Het Amerikaanse recht, dat de eis enerzijds met even zovele woorden stelt, laat er anderzijds geen twijfel over bestaan dat de betekenis hiervan zeer gering is. Eisenberg zegt hierover:

'The focus on whether the promisor should reasonably expect to induce the promisee's reliance seems unnecessary and probably undesirable'.⁵⁴⁹

Hij staat in deze mening niet alleen. Feinman bij voorbeeld stelt dat

'The "reason to know" approach to promissory estoppel shifts to the promisor the risk of the promisee's reliance in cases in which the promisor has failed to act with reasonable care in manifesting her intentions'.⁵⁵⁰

Kühne merkt op dat de eis van par. 90 niet veel meer inhoudt dan blote veroorzaking⁵⁵¹, en Köndgen, tot slot, stelt met betrekking tot de eis van par. 90, dat 'Vertrauensinvestition' 'reasonably foreseeable' moet zijn:

'Dieses Tatbestandsmerkmal läuft jedoch in der Anwendungspraxis weitgehend leer'.⁵⁵²

De voorzienbaarheid is niet werkelijk belangrijk.⁵⁵³ Waar het op aan komt is het causale verband tussen de houding van degene die zich (hierdoor) verbindt, en het handelen van degene die op grond van deze houding zijn positie verandert. Dit zal als eerste moeten worden vastgesteld. Daarna komt de vraag aan de orde of dit handelen, gezien de omstandigheden, gerechtvaardigd was. Hiermee zijn de belangrijkste criteria met betrekking tot het verbinden van rechtsgevolgen aan een fait accompli, gegeven.

Een belangrijke vraag betreft nog deze rechtsgevolgen. Heeft degene die zijn positie heeft veranderd recht op wat hij meende te verkrijgen, of verkrijgt hij slechts 'bescherming' in de vorm van vergoeding van zijn positief of negatief belang. Op deze vraag worden geheel verschillende antwoorden gegeven.⁵⁵⁴

549. Eisenberg 1979, blz. 20.

550. Feinman 1983, blz. 715.

551. Vertrauensgedanke, blz. 278.

552. Selbstbindung, blz. 84.

553. Ook met betrekking tot de onrechtmatige daad heeft de voorzienbaarheid als criterium zijn tijd gehad: het gaat thans om 'toerekening naar redelijkheid'. Precies dit is van belang bij het toekennen van gevolgen aan het fait accompli.

554. Vgl. Köndgen, Selbstbindung, blz. 73 e.v.; Kühne, Vertrauensgedanke, blz. 279 e.v.; Hender-son 1969, blz. 383 sub VI; en voor Nederland het klassieke geschrift van Houwing over positief en negatief belang bij rechtsschijn, WPNR 3868/69/70/71/72 (1944), Geschriften van Houwing, Kluwer Deventer, blz. 103 e.v., dat aan de basis heeft het gelegen van het verwerpelijke nadeelvereiste in de Nederlandse jurisprudentie van na 1959.

Het ligt in de lijn van het *fait accompli* als de juridische versie van het 'gedane zaken nemen geen keer', uit te gaan van de eerste optie, zoals de Hoge Raad bij voorbeeld deed in het Apothekersarrest.⁵⁵⁵ Aan de hand van de jurisprudentie inzake afgebroken onderhandelingen kan worden geconstateerd, dat deze benadering niet altijd de juiste behoefte te zijn. Nader onderzoek per categorie is hier gewenst.

Tot slot moet nog het volgende worden geconstateerd. In deze studie is uitgegaan van de rechtsstelsels zoals die geldend recht opleveren in Nederland, Duitsland, Engeland en de Verenigde Staten. In *deze* stelsels – die alle zijn grondvest op de twee pijlers van autonomie en herstel van onevenheid – is 'het vertrouwen als bron van verbintenis' een systeemvreemd element. In de eeuwenoude opvatting van 'ieder het zijne', past het niet de een het zijne te ontnemen *louter* op grond van vertrouwen van de ander dat hem een vermogensbestanddeel (in welke vorm dan ook) zou toekomen. Dit wil echter niet zeggen dat hierover in een komende eeuw niet geheel anders gedacht zou kunnen worden. Van 'ieder het zijne' naar 'alles voor allen'?

Volgens Mauss is dat precies de maatschappij waarnaar wij behoren te streven.⁵⁵⁶

555. Zie onder nr. 29. Vgl. de andersluidende opvatting van Brunner.

556. 'Il est exactement, toute proportion gardée, du même type que celui vers lequel nous voudrions voir nos sociétés se diriger', zegt Mauss naar aanleiding van 'le plus ancien système d'économie et de droit que nous puissions constater et concevoir': 'le système de prestations totales, de clan à clan – celui dans lequel individus et groupes échangent tout entre eux', *Essai sur le Don*, blz. 264.

Samenvatting

Waaruit ontstaan verbintenissen? Het heeft er alle schijn van dat dit de kernvraag van het moderne privaatrecht is geworden, en niet alleen in Nederland. Honderd, ook vijftig jaar geleden nog, was het antwoord eenvoudig. Verbintenissen ontstaan of uit overeenkomst, of uit de wet. Dit gold voor Nederland, waar art. 1269 BW dit letterlijk zo formuleerde, voor de omringende landen die tot de zelfde rechtskring behoren, én voor de Anglo-amerikaanse rechtsstelsels. Van beide typen van verbintenis is die uit overeenkomst de belangrijkste. Het mag dan niet verwonderen dat de centrale vraagstelling van het privaatrecht – waarvan het verbintenissenrecht het kloppende hart is – gedurende lange tijd luidde: Wat is nu precies de grondslag van de overeenkomst? Vanaf 1875, toen in Duitsland de vraag actueel werd nadat het uit een andere tijd stammende antwoord: de partijwil, aan vanzelfsprekendheid begon in te boeten; tot 1979, toen in Nederland Nieuwenhuis zijn dissertatie begon met de opmerkelijke vaststelling dat ‘De verbindende kracht van de overeenkomst berust op drie beginselen’, is steeds opnieuw een antwoord op juist deze vraag gezocht. Inmiddels is duidelijk dat de antwoorden die tot op dit moment gegeven werden, de hedendaagse problemen van het verbintenissenrecht, die gigantische vormen hebben aangenomen, niet kunnen oplossen. Daarvoor zijn nieuwe antwoorden nodig – waartoe eerst nieuwe vragen moeten worden gesteld.

In dit proefschrift worden de vragen opgeworpen, en de antwoorden geformuleerd. Dit geschiedt – met als uitgangspunt het hedendaagse Nederlandse recht – aan de hand van de ontwikkelingen in het Duitse, Engelse en Amerikaanse recht, die verrassend in de pas lopen met elkaar én met het Nederlandse recht. Voor al deze stelsels geldt – zo luidt de conclusie – dat verbintenissen ontstaan, zoals reeds Hugo de Groot vaststelde, uit partijwil en uit onevenheid, m.a.w. uit overeenkomst en uit de wet. Personen nemen vrijwillig verbintenissen op zich, of krijgen deze opgelegd. Zo is het altijd geweest. Wat is veranderd in deze eeuw is, dat wat partijen *op zich nemen* aan verbintenissen, meer en meer – binnen de overeenkomst, althans buiten de traditionele verbintenissen uit de wet om – wordt aangevuld met opgelegde verbintenissen. Het zijn deze ‘nieuwe’ verbintenissen die in deze studie worden onderzocht. Algemeen wordt aangenomen, dat zij hun ontstaan danken aan ‘opgewekt vertrouwen’ waaraan op grond van de eisen van het rechtsverkeer rechtsgevolgen worden toegekend. De belangrijkste conclusie uit deze studie luidt echter, dat de rol van het vertrouwen slechts secundair is. Wanneer verbintenissen ontstaan die niet passen in het ‘oude’ systeem, blijkt er steeds meer geïnvesteerd dan vertrouwen alleen.

De these die hier aan de hand van literatuur en jurisprudentie wordt onderbouwd luidt, dat het dit ‘meerdere’ is dat de doorslag geeft bij het ontstaan van deze verbintenissen, en dat dit meerdere bestaat uit ‘een voldongen feit’. Dit

verbindt het nieuwe systeem met het oude. In afwezigheid van wil (*consideration*), in geval van een vormgebrek of enig ander gebrek in de ontstaansvoorwaarden, valt de opgelegde verbintenis steeds te herleiden tot de behoefte onevenheid te voorkomen.

Wanneer rechters heden ten dage de grenzen van traditionele verbintenissenrecht doorbreken, gebeurt dat algemeen gesproken *slechts* ten gunste van personen die in een rechtens relevante context in goed vertrouwen *actie hebben ondernomen op gedragingen van anderen*. Het duidelijkst komt dit naar voren in het Amerikaanse recht, waar par. 90 van de Restatement of Contracts, second, voor een verbintenis op grond van 'vertrouwen' 'change of position' vereist aan de zijde van de partij die zich op dit vertrouwen beroept. Niet het vertrouwen, de daarop volgende actie is doorslaggevend voor het ontstaan van rechtsgevolgen.

Aan de hand van jurisprudentie uit vier landen, wordt dit aangetoond. Het *fait accompli* doet dienst als een aanvullende wijze van ontstaan en tenietgaan van verbintenissen.

Summary

How do obligations come into being? This is probably the most important question in private law today, and not only in Holland. A hundred, even fifty years ago, the answer was simple: obligations come into being either by agreement or by law. This obtained for Holland, where article 1269 of the Civil Code stated this explicitly, for the surrounding countries which also received their law from Napoleon, and for the Anglo-American legal systems. Of the two, the contractual obligation is the more important one. Therefore it is no surprise that the main question facing civil law – in which the law of obligations is the beating heart – has been for a long time: what is contract? From 1875, when in Germany people questioned the answer from the past: the will of the parties concerned; to 1979, when in Holland Nieuwenhuis began his thesis with the remarkable statement that 'The power of contract to oblige is built on three foundations', again and again people searched for the answer to this question. In the meantime it is clear that the answers given to this day cannot solve the modern day problems of the law of obligations, which have become enormous. Therefore we need new answers, new answers to new questions.

In this thesis the questions are asked and the answers are given. This is done using modern day Dutch law and referring to the developments in German, English and American law, which show surprisingly similar progression. In all these systems – so I conclude – obligations come into being as Hugo Grotius said: by the will of the parties concerned and by inequity, that is: by contract and by law. People either freely accept obligations or are obliged by force. Thus it has always been. What has changed in this century is that what the parties concerned have freely obliged themselves to, has been alloyed more and more with imposed obligations – within contract, or at least without the traditional obligations imposed by law. It is these 'new' obligations which have been analyzed in this study. It is generally understood that they come into being due to 'reliance' on which basis the economy demands that they be given legal consequences. The most important conclusion of this study is: that the role of reliance is only secondary. Whenever obligations come into being which do not fit in the 'old regime', it appears that always more has been invested than belief alone.

The thesis here defended with literature and case-law is: that it is this 'more' which makes the difference to the existence of these obligations, and that this 'more' consists of 'an accomplished fact'. This connects the new system to the old none. In the absence of agreement or consideration, or any of the requirements for a valid contract, or in the presence of a breach of form, obligations and remedies based on reliance are, in the end, always reducible to the desire to prevent inequity. When judges today break through the barriers of the traditional law of obligations, this generally happens *only* in favour of people who

have undertaken action in response to the actions of others in good faith and in a juridically relevant context. This is most clear in Section 90 of the American Restatement of the Law of Contracts, second, where 'change of position' is required for a promise to be binding on the basis of reliance. But it also obtains in other systems, as is proven using the case-law of those countries.

It is the *fait accompli* that functions as a supplementary means of creation and avoidance of obligation.

Lijst van verkort aangehaalde werken

- | | |
|-------------------------------------|---|
| Asser-Rutten I | Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Vierde deel – Verbintenissenrecht, 6e druk, bewerkt door L.E.H. Rutten, 1982. |
| Asser-Rutten-Hartkamp I | Id., Verbintenissenrecht, De verbintenis in het algemeen volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek, 7e druk, bewerkt door A.S. Hartkamp, 1984. |
| Asser-Rutten-Hartkamp II | Id., Verbintenissenrecht, Algemene Leer der overeenkomsten volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek, 7e druk, bewerkt door A.S. Hartkamp, 1985. |
| Asser-Rutten-Hartkamp III | Id., Verbintenissenrecht, De verbintenis uit de wet volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek, 7e druk, bewerkt door A.S. Hartkamp, 1986. |
| Atiyah, Essays | Essays on Contract, Oxford 1986. |
| Atiyah, Rise and Fall | The Rise and Fall of Freedom of Contract, Oxford 1979. |
| Von Bar 1982 | Vertragliche Schadensersatzpflichten ohne Vertrag? Juristische Schulung 1982, 9, blz. 637. |
| Biegman-Hartogh, diss. | Ongegronde Verrijking, diss. Leiden, 1971. |
| Blau, Exchange | Exchange and Power in Social Life, New Brunswick 1986. |
| Bloembergen, diss. | Schadevergoeding bij onrechtmatige daad, diss. Utrecht, 1965. |
| Van Brakel | Leerboek van het Nederlandse Verbintenissenrecht, Eerste Deel, derde druk, Zwolle 1948. |
| Bregstein, diss. | Ongegronde Vermogensvermeerdering, diss. Amsterdam, 1927. |
| Bregstein, Verzameld Werk | Verzameld Werk Deel I en Deel II, Zwolle 1960. |
| Bruins, diss. | Een onderzoek naar den rechtsgrond der schadevergoeding, diss. Leiden, 1906. |
| Bydlinski, Privatautonomie | Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Wenen/New York 1967. |
| Von Caemmerer, Gesammelte Schriften | Gesammelte Schriften, Band I, Rechtsvergleichung und Schuldrecht, Tübingen 1968. |
| Canaris, Vertrauenshaftung | Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, Münchener Universitätsschriften Band 16, München 1971. |
| Catrein, Recht, Naturrecht | Recht, Naturrecht und positives Recht, Eine kritische Untersuchung der Grundbegriffe der Rechtsordnung, Freiburg im Breisgau 1909. |
| Cheshire Fifoot & Furmston | Law of Contract, Eleventh Edition, London 1986. |
| Chitty | Chitty on Contracts, Twenty-sixth ed. Volume I, General Principles, London 1989. |

- Chloros 1968 The Doctrine of Consideration and the Reform of the Law of Contract, *The International Comparative Law Quarterly*, Vol. 17, 1968, blz. 137.
- Cohen, Basis of Contract The Basis of Contract, *Harvard Law Review* 1933, Vol. 46, blz. 533.
- Coing, FS Dölle Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem in: *Vom Deutschen zum Europäischen Recht*, Festschrift für Hans Dölle, Band I, Tübingen 1963, blz. 25.
- Contractenrecht Losbladige uitgave, bevattende rechtspraak en literatuur over het Contractenrecht, samengesteld onder redactie van mr. A.R. Bloembergen en prof. mr. W.M. Kleijn.
- Corbin, Contracts Corbin on contracts, Vol. I, 1-151, St. Paul, Minn. 1963.
- Denning, Discipline of Law The Discipline of Law, Londen 1979.
- Van Dunné, diss. Normatieve uitleg van rechtshandelingen, diss. Leiden, 1971.
- Van Dunné, Verbintenissenrecht 1985 Verbintenissenrecht in ontwikkeling, Deventer 1985.
- Van Dunné, Verbintenissenrecht 1986 Verbintenissenrecht in ontwikkeling, supplement 1986, Deventer 1986.
- Eggers, VPO 2 Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen, Deel 2, Alphen aan den Rijn 1959.
- Ehrenzweig, Jurisprudence Psychoanalytic Jurisprudence, On Ethics, Aesthetics, and 'Law' – On Crime, Tort, and Procedure, Leiden/Dobbs Ferry, N.Y. 1971.
- Ehrlich Grundlegung der Soziologie des Rechts, München/Leipzig 1913.
- Eichler, Vom Vertrauen Die Rechtslehre vom Vertrauen, Privatrechtliche Untersuchungen über den Schutz des Vertrauens, Tübingen 1950.
- Eisenberg 1979 Donative Promises, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 47, 1979, blz. 1.
- England 1980 The System Builders: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory, *Journal of Legal Studies* 1980, blz. 27.
- Enneccerus-Nipperdey Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band I, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 15. Auflage von Hans Carl Nipperdey, 1959.
- Enneccerus-Lehmann Id., Band II, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Auflage, von Heinrich Lehmann, 1958.
- Eörsi, Zivilrechtstheorie Geistig und begrifflich geschlossene Zivilrechtstheorie? in: *Festschrift für Konrad Zweigert*, Tübingen 1981, blz. 799.
- Van Erp, diss. Contract als Rechtsbetrekking, Een rechtsvergelijkende studie, diss. Tilburg, 1990.
- Esser/Schmidt Schuldrecht, Lehrbuch begründet von Josef Esser, Allgemeiner Teil, fortgeführt von E. Schmidt, 6. Auflage 1984.
- Farnsworth Contracts, Boston/Toronto 1982.

- Feinman 1983 Critical Approaches to Contract Law, The University of California Law Review, Vol. 30, 1983, blz. 829.
- Feinman 1984 Promissory Estoppel and Judicial Method, Harvard Law Review 1984, Vol. 97, blz. 678.
- Fleming, Torts The Law of Torts, seventh edition, Sydney 1987.
- Friedmann Law in a Changing Society, Second edition, Penguin Books.
- Gedenkboek BW Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938, uitgegeven onder redactie van Mr Paul Scholten en Mr E.M. Meijers ter gelegenheid van het honderd-jarig bestaan der N.V. Uitgevers-Maatschappij W.E.J. Tjeenk Wilink Zwolle op 1 mei 1938.
- Gernhuber, Schuldverhältnis Handbuch des Schuldrechts, Herausgegeben von Joachim Gernhuber, Band 8, Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989.
- Gilmore, The Death of Contract The Death of Contract, Law Forum Series College of Law, Ohio State University, 16th printing, 1985.
- Goff & Jones, Restitution The Law of Restitution, Second Edition, London 1978.
- Goré, L'Enrichissement L'Enrichissement aux dépens d'autrui, Paris 1949.
- Gouldner 1960 The Norm of Reciprocity: A Preliminary Statement, American Sociological Review, Vol. 25, 1960, blz. 161.
- Gouldner, For Sociology For Sociology, Renewal and Critique in Sociology Today, London 1973.
- Hamaker, diss. De vordering uit onverschuldigde betaling naar Nederlands recht, diss. Amsterdam, 1971.
- Haupt, Faktische Vertragsverhältnisse Über faktische Vertragsverhältnisse, in: Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Heinrich Siber, Band II, Leipzig 1943, blz. 1.
- Van der Heijden, Preadvies De oorzaak in het contractenrecht, Praeadvies aan de Vereniging tot het bevorderen van de beoefening der wetenschap onder de katholieken in Nederland, Den Haag 1937.
- Van der Heijden De toerekenbare schijn en de bronnen der verbintenis, Rechtsgeleerd Magazijn 1928, blz. 1.
- Henderson 1969 Promissory Estoppel and Traditional Contract Doctrine, The Yale Law Journal, Vol. 78, 1969, blz. 343.
- Henke 1980 Die Sozialisierung des Rechts, Juristenzeitung, 1980, blz. 369.
- Hoekema Rechtssociologische aantekeningen bij het schadevergoedingsrecht, Nederlands Juristenblad 1980, afl. 38, blz. 977.
- Hofmann-van Opstall Het Nederlands Verbintenissenrecht, eerste gedeelte, bewerkt door mr. S.N. van Opstall, 8e druk, Groningen 1968.
- Homans 1958 Social Behavior as Exchange, American Journal of Sociology, Vol. 63, 1958, blz. 597.
- Kessler, Schutz des Vertrauens Der Schutz des Vertrauens bei Vertragsverhandlungen in der neueren Amerikanischen Rechtsspechung, in:

Kessler/Gilmore, Contracts	Festschrift für Ernst von Caemmerer, Zum 70. Geburtstag, Tübingen 1978, blz. 873. Contracts, Cases and Materials, Second edition, Boston/Toronto.
Köndgen, Selbstbindung	Selbstbindung ohne Vertrag, zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln, Tübingen 1981.
Kühne, Vertrauensgedanke	Der Vertrauensgedanke im Schuldvertragsrecht, Rabels Zeitschrift, 1972, blz. 261.
Langemeijer, Beekhuisbundel	Op de grenzen van komend recht, opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Beekhuis, Deventer 1969.
Langemeijer, Gerechtigheid	De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht, Studiepockets privaatrecht nr. 14, Zwolle 1976.
Larenz, Schuldrecht	Lehrbuch des Schuldrechts von Karl Larenz, Band I, Allgemeiner Teil, München 1987.
Marcel Mauss, Essai sur le don	Essai sur le don, Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques, in: Marcel Mauss, Sociologie et Anthropologie, Paris 1960, blz. 145.
Martinek 1983	Der Weg des Common Law zur allgemeinen Bereicherungsklage, Ein später Sieg der Pomponius? Rabels Zeitschrift, 1983, blz. 284.
Malinowski, Crime and Custom	Crime and Custom in Savage Society, New York 1926.
Mazeaud-Tunc	Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, delictuelle et contractuelle, sixième édition, Paris 1965.
Meijers, Algemene Begrippen	Algemene Leer van het burgerlijk recht, Deel I, De algemene begrippen van het burgerlijk recht, Leiden 1948.
Meijers, VPO III	Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen, Derde Deel, Verbintenissenrecht, Leiden 1955.
Nieuwenhuis, diss.	Drie beginselen van contractenrecht, diss. Leiden, 1971.
Nikisch, FS Dölle	Über 'Faktische Vertragsverhältnisse', in: Festschrift für Hans Dölle, Band I, Tübingen 1963, blz. 79.
Nirk, FS Möhring	Culpa in Contrahendo – Eine geglückte richterliche Fortbildung – Quo Vadis?, in: Festschrift für Philipp Möhring, München 1975, blz. 71.
Opzoomer V	Het Burgerlijk Wetboek, verklaard door Mr. C.W. Opzoomer, Vijfde Deel, art. 1269-1348, Amsterdam 1879.
Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, door mr. C.J. van Zeven en mr. J.W. du Pon, m.m.v. mr. M.M. Olthof, Boek 3, Boek 5, Boek 6, (1981).
Parl. Gesch. Invoering	Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, eindredactie mr. C.J. van Zeven en mr. J.W. du Pon, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 3, Boek 5, Boek 6 (1990).
Picker, Schadenshaftung	Vertragliche und deliktische Schadenshaftung, Juristen Zeitung, 1987, blz. 1041.

Picker, Zwischen Vertrag und Delikt	Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftungen 'zwischen' Vertrag und Delikt, Archiv für die civilistische Praxis, 1983, blz. 369.
Pinckaers, diss.	Eigendom in een nieuwe tijd, beschouwingen over de eigendomsontwikkeling in de laatste eeuw, diss. Utrecht, 1960.
Pitlo-Bolweg	Het Nederlands Burgerlijk Wetboek, deel 3, Algemeen deel van het verbintenissenrecht, bewerkt door Mr. M.F.H.J. Bolweg, Groningen 1979.
Pitlo-Brahn	Id., deel 2, Het Zakenrecht, bewerkt door Mr. O.K. Brahn, Arnhem 1987.
Pitlobundel	Plus est en vous, Opstellen over recht en cultuur, aangeboden aan prof. mr. A. Pitlo ter gelegenheid van zijn 25-jarig hoogleraarschap, Haarlem 1970.
Polak, diss.	Aanspraak en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, diss. A'dam. 1949.
Raiser, Die Aufgabe	Die Aufgabe des Privatrechts, Aufsätze zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnten, 1977.
Rehbinder, FS Hirsch	Status – Kontrakt – Rolle, in: Festschrift für Ernst Hirsch, Berlin 1968, blz. 141.
Reinhardt, FS Schmidt-Rimpler	Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Verträge, In: Festschrift für Schmidt-Rimpler, Karlsruhe, 1957, blz. 115.
Ripert, Le Déclin	Le Déclin du Droit, Études sur la législation contemporaine, Paris 1949.
Ripert, La Règle Morale	La Règle Morale dans les Obligations Civiles, Paris 1949.
Röhl, FS Schelsky	Über ausservertragliche Voraussetzungen des Vertrages, in: Festschrift für Helmut Schelsky, Berlin 1978, blz. 435.
Savatier, Du droit civil	Du Droit Civil au Droit Public, Paris 1950.
Savatier, Études Ripert I	Réalisme et Idéalisme en Droit Civil d'Aujourd'hui, in: Études et Mélanges Georges Ripert I, Paris 1950.
Savatier, Métamorphoses	Les Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, Paris 1948.
Walter Schmid	Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, Zürich 1983.
Schmidt 1980	Von der Privat- zur Sozialautonomie, Juristenzeitung 1980, blz. 153.
Scholten, Alg. Deel	Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Algemeen Deel door Mr. Paul Scholten, tweede druk, Zwolle 1934.
Scholten, diss.	Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad, diss. Amsterdam, 1899.
Schoordijk, Alg. Gedeelte	Het Algemeen Gedeelte van het Verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Deventer 1979.
Schoordijk, Onderhandelen	Onderhandelen te goeder trouw, Deventer 1984.
Schoordijk, Pitlo-bundel	De betekenis van het Ontwerp B.W. voor de rechtsvin- ding, in: Plus est en vous, Haarlem 1970.

Schoordijk, Rede 1977	Ongegronde Vermogensvermeerdering, College ter herdenking van de promotie van Marcel Henri Bregstein, Zwolle 1977.
Schoordijk, Rede 1986	Nogmaals: ongegronde vermogensvermeerdering, Voordracht gehouden bij het vijfentwintigjarig bestaan van de Marcel Henri Bregstein-stichting, Zwolle 1986.
Schut, diss.	Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid, diss. Leiden, 1963.
Schut, Rechtshandeling	Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis, Studiepockets privaatrecht nr. 15, Zwolle 1987.
Simmel, The Sociology	The Sociology of Georg Simmel, New York/London 1950 (vert. Kurt H. Wolff).
Slagter, diss.	De rechtsgrond van de schadevergoeding bij onrechtmatige daad, diss. Leiden, 1952.
Smit, diss.	De zgn. stilzwijgende wilsverklaringen bij het aangaan van overeenkomsten in het Nederlandsche Recht, diss. Groningen, 1890.
Smit, Grondslagen	De Grondslagen van Ons Verkeersrecht in theorie en praktijk, Kampen 1906.
Starck, diss.	Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, diss. Parijs 1947.
Stoljar	The foundations of negotiorum gestio, International Encyclopedia of Comparative Law, X.
Stoll, FS Flume	Vertrauensschutz bei einseitigen Leistungsversprechen, in: Festschrift für Werner Flume, Köln 1978, Band I, blz. 741.
Thurnwald	Werden Wandel und Gestaltung des Rechtes, im Lichte der Völkerforschung, Berlin/Leipzig 1934.
Treitel	The Law of Contract, Seventh Edition, London 1987.
Tunc, Introduction	The proper place of fault in a modern law of tort, International Encyclopedia of Comparative Law, XI 1, Introduction.
Valkhoff, Een eeuw rechtsontwikkeling	Een eeuw rechtsontwikkeling: de vermaatschappelijking van het Nederlandsche privaatrecht sinds de codificatie (1838-1938), Amsterdam 1938.
Verburg, diss.	De vrijwillige zaakwaarneming, diss. Amsterdam, 1949.
Vranken, Mededelingsplichten	Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht, Zwolle 1989.
Wilburg, Bereicherung	Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, Kritik und Aufbau, Graz 1934.
Winfield on Torts	Winfield & Jolowicz On Torts, 12th edition, London 1984.
Zweigert, Vertragsfreiheit	'Rechtsgeschäft' und 'Vertrag' heute, in: Ius Privatum Gentium, Festschrift für Max Rheinstein, Tübingen 1969, blz. 493.

Zweigert/Kötz II

Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Band II, Institutionen, Tübingen 1984.

Zwitser, diss.

Rond art. 1376 BW; overeenkomsten gelden vanwege en dus tussen partijen, diss. Leiden, 1984.

Artikelen en annotaties

Alpa, G.

'L'avenir du contrat: aperçu d'une recherche bibliographique'
Revue Internationale de Droit Comparé, 1-1985, p. 7 e.v.

Atiyah, P.S.

'When is an Enforceable Agreement Not a Contract? Answer: When it is an Equity'
The Law Quarterly Review, vol. 92, 1976, p. 174 e.v.

Atiyah, P.S.

'Contracts, Promises and the Law of Obligation'
The Law Quarterly Review, vol. 94, 1978, p. 193 e.v.

Atiyah, P.S.

'The Hannah Blumenthal and Classical Contract Law'
The Law Quarterly Review, vol. 102, 1986, p. 363 e.v.

Baeten, M.

'Ruilen met een strippenkaart'
Volkskrant 18 maart 1989

Baker, J.H.

'From Sanctity of Contract to Reasonable Expectation?'
Current Legal Problems 1979, p. 17 e.v.

Bar, Christian von

'Vertragliche Schadensersatzpflichten ohne Vertrag?'
Juristische Schulung 1982, 9, p. 637 e.v.

Barnett, R.E.

'Contract Scholarship and the Reemergence of Legal Philosophy'
Harvard Law Review, vol. 97, 1984, p. 1223 e.v.

Barnett, R.E.

'A Consent Theory of Contract'
Columbia Law Review, vol. 86, 1986, p. 269 e.v.

Bemmelen, P. van

'Het rechtsbegrip van overeenkomst'
Rechtsgeleerd Magazijn VII, 1889, p. 351 e.v.

Bloembergen, A.R.

Annotatie bij H.R. 13 mei 1977, NJ 1978, 154 (Brilmij/Ziekenfonds Ziekenhulp)

Bloembergen, A.R.

'De invloed van verzekeringen'

Nederlands Juristenblad 1980, p. 174 e.v.

Brunner, C.J.H.

Annotatie bij H.R. 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg)

Brunner, C.J.H.

Annotatie bij H.R. 5 november 1982, NJ 1984, 125 (Apothekersarrest)

Brunner, C.J.H.

Annotatie bij H.R. 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 (VSH/Shell)

Burrows, A.S.

'Contract, Tort and Restitution'

The Law Quarterly Review, vol. 99, 1983, p. 217 e.v.

Burrows, A.S.

'The Will Theory of Contract Revived'

Current Legal Problems 1985, p. 141 e.v.

Chloros, A.G.

'The Doctrine of Consideration and the Reform of the Law of Contract'

The International Comparative Law Quarterly, vol. 17, 1968, p. 137 e.v.

Cohen, Morris R.

'The Basis of Contract'

Harvard Law Review, vol. 46, 1933, p. 533 e.v.

Cohen Jehoram, H.

'De zaakwaarneming in het ontwerp nieuw B.W.'

WPNR 5014 (1968)

Craushaar, Götz von

'Haftung aus Culpa in Contrahendo wegen Ablehnung des Vertrags abschlusses'

Juristische Schulung 1971, 3, p. 127 e.v.

Drion, J.

Annotatie bij H.R. 19 december 1952, Ars Aequi jaargang 2, 1952 (Voorste Stroom VII)

Eggen, J.

'Iets over de verhouding van wet en recht, in verband met "ongerechtvaardigde verrijking" en "misbruik van dwangpositie"'

WPNR 4704 (1962)

Eisenberg, Melvin Aron

'Donative Promises'

The University of Chicago Law Review, vol. 47, 1979, p. 1 e.v.

Englard, Izhak

'The System Builders: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory'
Journal of Legal Studies 1980, p. 27 e.v.

Esser, Josef

'Gedanken zur Dogmatik der "Faktischen Schuldverhältnisse"'
Archiv für die civilistische Praxis 158, 1958, p. 86 e.v.

Feinman, Jay M.

'Critical Approaches to Contract Law'
The University of California Law Review, vol. 30, 1983, p. 829 e.v.

Feinman, Jay M.

'Promissory Estoppel and Judicial Method'
Harvard Law Review, vol. 97, 1984, p. 678 e.v.

Franklin, Marc A.

'Replacing the negligence lottery: Compensation and selective reimbursement'
Virginia Law Review, vol. 53, 1967, p. 774 e.v.

Friedmann, D.

'Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong'
Columbia Law Review, vol. 80, 1980, p. 504 e.v.

Fuller, Lon

'Consideration and Form'
Columbia Law Review, vol. 41, 1941, p. 806 e.v.

Fuller & Perdue

'The Reliance Interest in Contract Damages'
Yale Law Journal, vol. 46, 1936, p. 52 e.v.

Grinten, W.C.L. van der

'Privaatrecht en maatschappelijke veranderingen'
Rechtsgeleerd Magazijn Themis 1978, p. 550 e.v.

Grinten, W.C.L. van der

Annotatie bij H.R. 6 juli 1986, NJ 1987, 19 (Haverschmidt/Van der Willigen)

Groot, G.J. de

'Schadefonds. Tussen toen en toekomst?'
Nederlands Juristenblad 1980, p. 269 e.v.

Hamson, C.J.

'The Reform of Consideration'
The Law Quarterly Review, vol. 54, 1938, p. 233 e.v.

Hartkamp, A.S.

'Tien leerzame gedichten, Titel 3.2'
Nederlands Juristenblad 1984, p. 786

- Heijden, E.J.J. van der
 'De toerekenbare schijn en de bronnen der verbintenis'
 Rechtsgeleerd Magazijn 1928, p. 1 e.v.
- Henderson, Stanley D.
 'Promissory Estoppel and Traditional Contract Doctrine'
 The Yale Law Journal, vol. 78, 1969, p. 343 e.v.
- Henke, Wilhelm
 'Die Sozialisierung des Rechts'
 Juristenzeitung 1980, p. 369 e.v.
- Herrmann, R.
 'Afgifte van winst uit onrechtmatig handelen in het bijzonder op het terrein van de intellectuele en industriële eigendom'
 Rechtsgeleerd Magazijn Themis 1970, p. 3 e.v.
- Hirsch Ballin, E.H.M.
 'Wederkerig Bestuursrecht'
 Rechtsgeleerd Magazijn Themis-1, 1989, p. 1 e.v.
- Hirsch Ballin, E.H.M.
 Interview NRC Handelsblad, Zaterdags Bijvoegsel, 24 februari 1990
- Hoekema, A.J.
 'Rechtssociologische aantekeningen bij het schadevergoedingsrecht'
 Nederlands Juristenblad 1980, afl. 38, p. 977 e.v.
- Homans, George C.
 'Social Behavior as Exchange'
 American Journal of Sociology, vol. 63, 1958, p. 597 e.v.
- Houwing, Ph.A.N.
 'Positief en negatief belang bij rechtsschijn'
 WPNR 3868-3872 (1944)
- Kessler & Fine
 "'Culpa in Contrahendo", Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract; A Comparative Study'
 Harvard Law Journal, vol. 77, 1964, p. 401 e.v.
- Koopmans, T.
 'Erosie van het eigendomsrecht'
 Rechtsgeleerdheid Magazijn Themis-1, 1980, p. 2 e.v.
- Kronman, A.T.
 'Contract Law and Distributive Justice'
 Yale Law Journal, vol. 89, 1980, p. 472 e.v.

Kühne, Gunther

'Der Vertrauensgedanke im Schuldvertragsrecht'

Rabels Zeitschrift, 1972, p. 261 e.v.

Larenz, Karl

'Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypischen Verhalten'

Neue Juristische Wochenschrift 1956, p. 1897 e.v.

Llewellyn, Karl N.

'What Price Contract?'

Yale Law Journal, vol. 40, 1931, p. 716 e.v.

Lorenz, Werner

'Rechtsfolgen vormünftiger Schuldverträge'

Juristische Schulung 1966, 11, p. 429 e.v.

Mackaay, E.

'Veranderingen in het stelsel van vergoeding en verhaal van schade'

Nederlands Juristenblad 1980, p. 813 e.v.

Mackaay, E.

'Het recht gezien door de bril van de economist. Een gestyleerd overzicht van de rechtseconomie'

Rechtsgeleerd Magazijn Themis-9, 1988, p. 411 e.v.

Martinek, Michael

'Der Weg des Common Law zur allgemeinen Bereicherungsklage, Ein später Sieg des Pomponius?'

Rabels Zeitschrift, 1983, p. 284 e.v.

Merz, Hans

'Privatautonomie heute'

Juristische Schulung 1970, p. 1 e.v.

Meijers, E.M.M.

Annotatie bij H.R. 7 november 1935, NJ 1936, 239 (Van de Sande/de Zeeuw)

Nieskens-Isphording, B.W.M.

'Kan de totstandkoming van een rechtshandeling afhankelijk zijn van een latere gebeurtenis?'

WPNR 5847 (1987)

Nieuwenhuis, J.H.

'Bezwarende titel, negatief belang en afwezigheid van bevoordeling als factoren die bij de geldigheid van rechtshandelingen een rol spelen'

WPNR 5341-5342 (1976)

Nieuwenhuis, J.H.

'Point of no return'

Rechtsgeleerd Magazijn Themis-10, 1989, p. 467

Oven, J.C. van
'Onrechtmatigheid en schuld'
WPNR 3278 (1932)

Picker, Eduard
'Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo- Zur Problematik der Haftungen "zwischen" Vertrag und Delikt'
Archiv für die civilistische Praxis, 1983, p. 369 e.v.

Picker, Eduard
'Vertragliche und deliktische Schadenshaftung'
Juristen Zeitung 1987, p. 1041 e.v.

Posner, Richard A.
'The Economic Approach to Law'
Texas Law Review, vol. 53, 1975, p. 763 e.v.

Posner, Richard A.
'Gratuitous Promises in Economics and Law'
Journal of Legal Studies, 6, 1977, p. 411 e.v.

Reinicke, D.
'Die Bewirkung der schenkweise versprochenen Leistung'
Neue Juristische Wochenschrift 1970, p. 1447 e.v.

Schadee, H.
'De quasi-onrechtmatige overheidsdaad en passieve zaakwaarneming'
Nederlands Juristenblad 1953, p. 358 e.v.

Schadee, H.
'Passieve zaakwaarneming'
WPNR 5023 (1969)

Schmidlin, Bruno
'Das Vertrauensprinzip und die Irrtumslehre im deutschen und schweizerischen Recht'
Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1970, p. 225 e.v.

Schmidt, Eike
'Von der Privat- zur Sozialautonomie'
Juristenzeitung 1980, p. 153 e.v.

Scholten, G.J.
Annotatie bij H.R. 18 april 1969, NJ 1969, 336 (Katwijk/de Vroom)

Scholten, G.J.
Annotatie bij H.R. 29 november 1974, NJ 1975, 211 (Hensels/Seegers en Musters)

Scholten, G.J.
Annotatie bij H.R. 5 november 1976, NJ 1977, 182 (Flink/de Nijs)

Schut, G.H.A.
'Schuld en risico'
WPNR 5045 (1969)

Slagter, W.J.
'Eigendom en privaatrecht'
Rechtsgeleerd Magazijn Themis 1976, p. 276 e.v.

Stein, P.A.
'De ontwikkeling van het schadevergoedingsrecht bij onrechtmatige daad'
Nederlands Juristenblad 1980, p. 707 e.v.

Veegens, D.J.
Annotatie bij H.R. 30 januari 1959, NJ 1959, 548 (Quint/Te Poel)

Veegens, D.J.
Annotatie bij H.R. 9 december 1960, NJ 1963, 1 (Jaguar 1-arrest)

Verburgh, Iens
Inleiding op de artikelserie 'Zelf dragen van schade: regel of uitzondering?'
Nederlands Juristenblad 1980, p. 173 e.v.

Wachter, B.
'Van aansprakelijkheids- naar verkeersverzekering?-of niet?'
Rechtsgeleerd Magazijn Themis 1975, p. 227 e.v.

Wachter, B.
Annotatie bij H.R. 8 juli 1982, NJ 1983, 456 (Guliker/Ago)

Wiarda, J.
'De Relativiteit van Rechtsverhoudingen in het algemeen en van den eigendom in het bijzonder'
WPNR 4701 (1961)

Williams, Glanville
'The Aims of the Law of Tort'
Current Legal Problems 1951, p. 137 e.v.

Wright, Lord
'Ought the doctrine of Consideration to be Abolished from the Common Law?'
Harvard Law Review 1935-1936, p. 1225 e.v.

Jurisprudentieregister

(verwezen wordt naar de bladzijden)

Nederlandse rechtspraak

- HR 16 mei 1926, NJ 1926, 721 (Vas Dias/Salters) 98
HR 18 juni 1926, NJ 1926, 1021 (Altena/Van der Horst) 98
HR 7 november 1935, NJ 1936, 239 m.n. Meijers (Van de Sande/de Zeeuw) 64
HR 19 december 1952, NJ 1953, 642 (Voorste Stroom VII) 133
HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 m.n. Veegens (Quint/Te Poel) 65, 74, 150
HR 15 mei 1959, NJ 1959, 516 (Van Dongen/Van den Oetelaar) 97
HR 11 december 1959, NJ 1960, 230 (Eelman(Hin) 23, 96-97
HR 9 december 1960, NJ 1963, 1 m.n. Veegens (Jaguar 1) 49
HR 2 februari 1966, NJ 1966, 415 (Hoogeloon) 149
HR 25 maart 1966, NJ 1966, 279 (Moffenkit) 109
HR 14 juni 1968, NJ 1968, 331 (Polak/Zwolsman) 138
HR 18 april 1969, NJ 1969, 336 m.n. G.J. Scholten (Katwijk/De Vroom) 150
HR 29 november 1974, NJ 1975, 211 m.n. G.J. Scholten (Hensels/ Seegers en Musters) 98
HR 5 november 1976, NJ 1977, 182 m.n. G.J. Scholten (Flink/De Nijs) 126, 148
HR 13 mei 1977, NJ 1978, 154 m.n. A.R. Bloembergen (Brilmij/Ziekenfonds Ziekenhulp) 3, 4-5
HR 1 juli 1977, NJ 1978, 125 (Ram/Matser) 107
HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 m.n. Brunner (Plas/Valburg) 93, 130, 131-136
HR 8 juli 1982, NJ 1983, 456 (Guliker/Ago) 141-142
HR 5 november 1982, NJ 1984, 125 m.n. Brunner (Apothekers/Klijssen) 147-148
HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 (Gem. Heesch/Van de Akker) 148
HR 6 juli 1987, NJ 1987, 19 m.n. Van der Grinten (Haverschmidt/ Van der Willigen) 143-144, 145
HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 m.n. Brunner (VSH/Shell) 130-131
HR 25 mei 1990, NJ 1990, 579 (Van Baar/Dommelsche Bierbrouwerij B.V.) 126-127

Duitse rechtspraak

- BGH, NJW 1962, 31 109
BGH, NJW 1965, 812 139
BGH, NJW 1970, 941 3
BGH, NJW 1972, 1189 140
BGH, NJW 1973, 1790 142
BGH, NJW 1978, 154 140
BGH WM 1969, p. 36 124
BGHZ JZ 1961, 699 146
BGHZ 16, 334 140
BGHZ 68, 90 36
RGZ 78, 239 109

Franse rechtspraak

Cour de Cassation

- Req.15 juni 1892, D.1892.1.596 46
Civ.18 oktober 1898, D.P.1899.1.105 74
Req.11 december 1928, D.H.1929,18 68
Civ.11 februari 1931, D.P.1931.1.129 73

Amerikaanse rechtspraak

- Allegheny College v. National Chautauqua County Bank of Jamestown, 246 N.Y. 369, 159 N.E. 173 (1927) 84, 114
Chrysler v. Quimby, 51 Del. 264, 144 A. 2d 123 (1958) 136
Coppage v. Kansas, 236 U.S. 1 (1914) 104
Devecmon v. Shaw, 69. Md. 199, 14 A. 464 (1888) 101
Drennan v. Star Paving Co., 51 Cal. 2d 409, 333 P. 2d 757 (1958) 115, 121
Freeman v. Freeman, 43 N.Y. 34 (1870) 140
Greiner v. Greiner, 131 Kan. 760, 293 P. 759 (1930) 115, 140
Hill v. Waxberg, 237 F. 2d. 936 (9th Cir. 1956) 149
Hoffman v. Red Owl Stores Inc., 26 Wis. 2d 683, 133 N.W. 2d 267 (1965) 134-135, 136
Kirkpatrick v. Seneca National Bank, 213 Kan. 61, 515 P. 2d 781 (1973) 3
Mooney v. Craddock, 35 Colo. App. 20, 530 P. 1302 (1974) 137-138
Moritz v. Horshman 9 N.W. 2d 868 (Mich 1943) 150-151
Prudential Insurance Co. of America v. Clark, 456 F. 2d 932 (5th Cir. 1972) 142-143
Rickets v. Scothorn, 57 Neb. 51, 77 N.W. 365 (1898) 113
Roberts-Horsfield v. Gedicks, 94 N.J. Eq. 82, 118 A. 275 (1922) 140
Seavy v. Drake, 62 N.H. 393 (1882) 140
Wheeler v. White, 398 S.W. 2d 93 (Tex. 1965) 137

Engelse rechtspraak

- Alan (WJ) & Co. Ltd. v. El Nasr Export and Import Co. [1972] 2 Q.B. 189 111
Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd., [1947] K.B. 130 111
Centrovincial Estates PLC v. Merchant Investors Assurance Co. Ltd. [1983] Com.L.R. 158 97
Crabb v. Arun, D.C. [1976] Ch. 179 2
Greasley v. Cooke [1980] 1 W.L.R. 1306 140
Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd. [1964] A.C. 465 124
Holt v. Markham [1923] 1 K.B. 504 146
Jones v. Jones [1977] 1. W.L.R. 438 140
Marfani & Co. v. Midland Bank Ltd. [1968] 1 W.L.R. 956 73
Pascoe v. Turner [1979] 1. W.L.R. 431 140
Re Sharpe [1980] 1. W.L.R. 219 140
Smith v. Hughes (1871) L.R. 6 Q.B. 597 104
Thomas v. Thomas [1842] 2 Q.B. 851 84

Personenregister

(verwezen wordt naar de bladzijden)

Alpa 105
Apeldoorn, van 59, 77
Aristoteles 59, 80
Asser-Rutten 12
Asser-Rutten-Hartkamp 7, 27, 29, 48, 50,
56, 67, 70, 72, 89, 91, 101, 137, 139, 149
Asser-Van Goudoever 12
Atiyah 2, 4, 15, 16, 32, 85, 97, 120

Baeten 80
Bakels, H.L. 7, 9
Baker 19
Bar, von 92, 109
Barnett 88, 90
Beale/Bishop/Furmston 87
Bemmelen, van 25
Benjamin 73
Bergh, G.C.J.J. van den 16
Biegman-Hartogh 46, 62, 64, 70, 73, 74
Blau 81, 83, 85
Blei Weissmann 93, 130, 131
Bloembergen 4, 5, 50, 52, 56
Boehmer 17
Brakel, S. van 12
Bregstein 13, 35, 36, 39, 44, 46, 63, 64, 66,
70, 73, 77, 78-79, 133
Brink, H. van den 99
Bruins 50, 55, 56, 57
Brunner 131, 133, 148
Burrows 19, 36
Bydlinki 86, 87-88, 89, 94, 95, 100

Caemmerer, von 36-37, 38, 45, 46, 67, 69,
73
Canaris 86, 92, 100
Cathrein 36, 59, 78
Cheshire Fifoot & Furmston 112
Chevallier 75
Chitty 2, 93, 111, 141
Chloros 84, 87, 112
Cicero 80
Cohen, M.R. 25, 92
Cohen Jehoram 73
Coing 14, 21
Connan 99
Corbin 120, 137
Craushaar, von 135

Dawson 71
Decugis 33
Denning 2, 110, 111
Diephuis 12
Drion, J. 133
Dunné, van 8, 9, 10, 38, 49, 55, 138

Eggens 12, 14, 31, 32, 33, 70, 92
Ehrenzweig 57
Ehrlich 95
Eichler 90
Eisenberg 87, 93, 120, 155
Emmerich 137
Englard 60
Enneccerus-Lehmann 40
Enneccerus-Nipperdey 14
Eörsi 18, 19, 20, 55
Erp, van 122, 124, 144, 145
Esser 118
Esser/Schmidt 7, 15, 16, 26, 35, 38, 40, 49,
104, 106, 107, 118, 130

Farnsworth 97, 109, 137, 140, 141
Feinman 105, 122, 134, 155
Fleming 49, 51, 58, 59
France, Anatole 107
Franklin 61
Friedmann 11, 18, 69, 70, 104, 106
Fuller (en Fuller & Perdue) 1, 86, 87

Gall, le 54
Gernhuber 131, 135
Gilmore 1, 19, 32, 93, 116
Goff & Jones 67, 68, 71, 75, 146
Goré 46, 63, 71, 76
Goudoever, van 39, 55
Gouldner 81, 85
Gray & Symes 11
Grinten, van der 8, 17, 18, 145
Groot, G.J. de 56, 59
Groot, Hugo de 77, 157, 159
Gurvitsch 30

Hagen 37, 76

Hamaker, G 45
 Hamson 87
 Hartkamp 26, 27, 29
 Haupt 117, 118, 119
 Heijden, van der 12, 13, 14, 22, 23, 90, 98
 Henderson 120, 137, 155
 Henke 99, 105, 106
 Herrmann 69
 Hirsch Ballin, E.M.H. 80, 106
 Hoekema 53, 54, 56, 58, 59, 60
 Hofmann-Van Opstall 12
 Homans 81, 82
 Houwing, Ph.A.N. 155

Ittersum, van 39

Jhering 63, 109
 Joppe 5

Keeton 61
 Kessler (en Kessler & Fine) 1, 130
 Kessler/Gilmore 10, 11, 21, 35, 95, 104,
 113, 114
 Köndgen 4, 20, 79, 80, 81, 84, 86, 92, 100,
 101, 107, 108, 109, 115, 121, 122, 123,
 136, 155
 König 71
 Koopmans, T. 8, 18
 Kronman 87
 Kuhn 89
 Kühne 4, 86, 87, 89, 97, 121, 155

Langemeijer 52, 62, 69, 73
 Larenz 49, 50, 51, 118
 Levenbach 17
 Llewellyn 7, 35, 86
 Lorenz 109, 139
 Losecaat Vermeer 22, 23

Mackaay 26, 49, 56
 Maine 19
 Malinowski 81, 82
 Martinek 70, 72
 Mauss 81-82, 129, 156
 Mehren, van 20
 Meijers 25, 64, 92, 95-96
 Menger 29
 Merz 9, 17, 29
 Milsom 115
 Mises, von 85
 Modderman 23, 24, 27
 Moltzer 25

Nieskens-Isphording 145
 Nieuwenhuis 7, 8, 9, 20, 26, 27, 28, 31, 88,
 89, 91, 98, 130, 157, 159
 Nikisch 19, 188
 Nirk 2, 135

Opzoomer 12, 13, 24
 Oven, J.C. van 8, 26, 57

Picker 90, 108, 109, 118, 119, 124, 125, 128
 Pinckaers 18, 30
 Pitlo-Bolweg 12
 Pitlo-Brahn 18
 Polak, R.J. 37, 49, 51, 135
 Posner 1, 84
 Poughon 99

Rabel 47
 Raiser 9, 17
 Rehbinder 29
 Reich 26
 Reinhardt 99, 104, 105
 Reinicke 4
 Ripert 18, 19, 61, 71
 Röhl 82, 83

Savatie, R. 17, 19, 27, 103, 116, 117, 118,
 119
 Savigny, von 25
 Schadee 73
 Schlossmann 101
 Schmid, Walter 19, 28, 34, 80, 81, 85
 Schmidlin 98
 Schmidt, E. 30, 98, 107
 Scholten, G.J. 98, 126, 131, 147, 150
 Scholten, P. 16, 18, 55, 57, 76
 Schoordijk 5, 10, 11, 16, 26, 32, 48, 69, 71,
 73, 93, 94, 115, 122, 124, 131, 133, 134,
 135, 150
 Schut, G.H.A. 12, 50, 51, 54, 61, 100
 Simitis 118
 Simmel 81, 82, 85
 Simoens 55
 Simpson 143
 Slagter 11, 49
 Smit, M. 7, 22, 23, 24, 25, 92
 Smith & Thomas 97
 Spencer Bower and Turner 121
 Starck 61
 Stein, P.A. 56
 Stoljar 40, 41, 42, 43, 44, 45
 Stoll 109, 110, 116, 121, 124, 154
 Suijling 28

Thurnwald 79, 81
Treitel 7, 97
Tunc (en Mazeaud et Tunc) 37, 39, 48, 49,
51, 53, 60, 61

Valkhoff 8, 17, 18, 19
Veegens 49, 74-75
Verburg 39
Verburgh 56
Vranken 97, 106

Wachter 54, 142
Weber-Dürler 154

Wertheim 49
Wiarda, J. 11
Wieacker 17
Wijk, van/Konijnenbelt 153, 154
Wilburg 68, 69, 70
Williams, Glanville 49
Winfield 51, 53
Wolff 97
Wright 85

Zweigert 19, 27, 28, 29, 107
Zweigert/Kötz 11, 17, 45, 47, 63, 65, 67,
68, 70, 71, 74, 84, 86, 106, 138, 151
Zwitser 89, 92

Zakenregister

(verwezen wordt naar de bladzijden)

aansprakelijkheid

- op grond van onrechtmatige daad
 - zie: onrechtmatige daad
- voor voortbouwend handelen 142
- aansprakelijkheden 18
- aanvullende bron van verbintenis 6, 123, 125, 127, 129, 131, 136, 141, 153
- actie op grond van gewekt vertrouwen 142, 144, 148
- (zie ook: handelen op grond van gewekt vertrouwen)
- algemene voorwaarden 18, 19, 106
- arbeidsrecht 18, 106
- Ausgleichsgedanken 49
- Austausch 34
- autonomie (zie ook: partij-autonomie) 9, 16, 21, 87, 105, 119, 124, 125, 126
- autonomie-beginsel 28, 29, 86, 129

bargaining power 107

behoefteigheid 60

beleid 53, 54

benefit 16

bepaalbaarheidsvereiste 136

bepaaldheid 83

bescherming

- van het vermogen 35, 45
 - (zie ook: vermogensbescherming)
- van de zwakkere 19

betamelijkheid 14

- als bron van verbintenis 14

bewijslastverdeling 54

bezwarende titel 98

billijkheid 31, 39, 50, 64, 65, 70, 72, 76

billijkheidsactie 64, 74

billijkheidsvordering 62

bronnen van verbintenis 7 e.v.

(zie ook: verbintenissen)

case law undergrounds 1, 143

(zie ook: underground-beginsel)

causa 26, 36, 72, 75, 133

causaal verband 44, 155

change of position 111, 113, 121, 138, 141,

143, 144, 146, 148-151

- charitable subscriptions 114

collectieve overeenkomsten 19

collectivering 17, 18

collectiviteit 59

commutatief plan 59

consideration 84, 99, 110-116, 120, 121, 136, 139

consumentenrecht 106

contract 11, 19, 32, 34, 35

(zie ook: overeenkomst)

- als gekozen verbintenis 32
 - als opgelegde verbintenis 32
 - als recht van de sterkste 105
 - als social institution 95
 - en eigendom 35
 - dood van het contract 19, 20
 - functie van het contract 87
- ## contractenrecht 105

(zie ook: overeenkomstenrecht)

contractsbegrip 103

contractsgerechtigheid 19, 107

contractsvrijheid 16-18, 27-29

contractuele gebondenheid 88

contractuele verbintenissen 15

definitie

- van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking 71

detrimental reliance 16

dispositie 153

dispositievevereiste 153

Dispositionsschutz 154

distributief plan 59

economisch doel 35, 72, 76-78

economisch verkeer 14, 26, 123

economische verrijking 71, 72, 76

eenzijdige overeenkomst 83, 84, 87

eigendom 16, 18, 33-35, 62

eigendomsrecht 11, 16, 18, 26, 38, 70

eigendomsvrijheid 17

eisen van het rechtsverkeer 23

estoppel (zie ook: promissory estoppel) 4,

110

factual element of reliance 120

fait accompli
 – algemeen 2, 5, 6, 125-128, 153-156
 – en ongerechtvaardigde verrijking 149
 – en onrechtmatige daad 143, 144
 – en onverschuldigde betaling 148
 – en precontractuele verhoudingen 131, 134, 136
 – en totstandkoming van overeenkomsten 136
 – en uitvoering van overeenkomsten 141-143
 – en vormgebreken 139, 140
 Faktische moment 119
 Faktische Vertragsverhältnis 19, 117, 119
 feit 6, 14, 116-118, 121, 140
 feitelijke constellaties 117
 feitelijke onomkeerbaarheid 140
 feitelijke toestand 2, 125
 feitelijke verhoudingen 118

 gedrag 15
 gekozen verbintenis(sen) 8, 13, 22, 30, 32, 79
 gelijkheid 29, 107
 gerechtigheid 21
 gerechtvaardigd vertrouwen
 zie: vertrouwen
 Geschäftsführung ohne Auftrag 40
 gestolen zaak 72, 76
 goede trouw 19, 21, 31, 106, 131-133
 goederenbescherming 61
 goederenruil 61
 grondslag
 – van contractuele gebondenheid 88
 – van de verbintenis uit onrechtmatige daad 49-51, 54
 – van de verbintenissen in precontractuele verhoudingen 131
 – van het verbintenissenrecht 35, 77, 79
 Güterbewegung 26, 38, 40
 Güterschutz 38, 40

 handelen op grond van gewekt vertrouwen 143, 147, 149, 153
 (zie ook: actie op grond van gewekt vertrouwen)
 handeling om niet 98
 herstel van onevenheid 13, 48
 huurrecht 18, 106

 ieder het zijne 65, 77, 156
 improvisation 19
 individu 30

individuele rechtsorde 14, 22
 individuele rechtssfeer 13
 individuele wil 13, 22, 30, 99, 129
 individuele wilsorde 30
 informatie- en onderzoeksverplichtingen 106
 iustitia commutativa 78
 iustitia distributiva 78

juridische verrijking 71, 72, 75, 76

leemte-actie 62, 64
 legitimatie-moment 67, 71, 75, 76

maatschappij 18, 28, 30, 156
 maatschappij-beeld 17
 maatschappelijk grondpatroon 14
 maatschappelijk verkeer 10

nadeel 147, 148
 nadeelvereiste 111
 natrekking 72, 76, 149
 negatief belang 148, 155
 negotiorum gestio 39, 40, 41
 neminem laedere 129, 143
 nietige overeenkomst 4, 5, 139, 150

onevenheid 13, 48, 51, 54, 92, 93, 100, 101, 122, 123, 125-129
 ongedaanmakingsactie 42, 47
 ongelijkheid 104, 106, 107
 ongerechtvaardigde verrijking (*beginself*)
 – als fundament van het vermogensrecht 16, 32
 – als oerbron van verbintenissen 11, 32, 62
 – en onrechtmatige daad 36, 37, 48
 – en onverschuldigde betaling 45-48
 – en verbintenissen uit de wet 62, 77
 – en de *vordering* uit ongerechtvaardigde verrijking 61-64, 69
 – en zaakwaarneming 39-45
 ongerechtvaardigde verrijking (*vordering* uit)
 38, 39, 61-76, 149-151
 – als billijkheidsactie 62, 64, 65
 – als leemte-actie 62, 64
 – als rest-actie 61, 65
 – als schade-actie 62, 65-67, 69
 – als uitvloeisel van het eigendomsrecht 70, 76
 – definitie van 71
 – en fait accompli 149-151

onomkeerbaarheid 137, 140
 onrechtmatige daad 5, 8, 11, 14, 18, 36, 37, 47, 48-61, 108, 109, 123, 143, 144
 – en fait accompli 143, 144
 – en ongerechtvaardigde verrijking 36, 37, 48
 – en precontractuele verhoudingen 131-136
 – grondslag van de verbintenis uit onrechtmatige daad 49-51, 54
 onverschuldigde betaling 38, 39, 45-48, 145-148
 – en fait accompli 145-148
 – en ongerechtvaardigde verrijking 45-48
 open normen 10
 opgelegde verbintenis(sen) 8, 13, 22, 30, 32, 79
 overeenkomst 8, 11, 14, 19, 30, 32, 38, 44, 78, 82, 83, 95, 98, 105
 (zie ook: contracten: verbintenissen uit overeenkomst)
 – eenzijdige overeenkomst 83, 84, 87
 – overeenkomst onder bezwarende titel 23, 86, 98
 – onderscheiding overeenkomst/wet 12, 22
 – ontstaan van overeenkomst 103
 – totstandkoming van overeenkomsten 136-141
 – uitvoering van overeenkomsten 141
 – wederkerige overeenkomst 83, 84, 85, 87
 overeenkomstenrecht
 (zie ook: contractenrecht)
 – crisis in het overeenkomstenrecht 105-107
 – ratio van het overeenkomstenrecht 35
 – taak van het overeenkomstenrecht 106

 pachtrecht 18
 pacta servanda sunt 19
 partij-autonomie 9, 19, 27, 28, 30, 86, 87, 94, 95, 98, 100, 104, 116, 120, 121, 125
 (zie ook: autonomie)
 – en contractsvrijheid 27, 28
 – en reciprociteit 86, 87
 partijwil 7, 95
 (zie ook: wil)
 positief belang 155
 precontractuele verhoudingen 93, 94, 122, 129, 130-136
 privaatautonomie 17, 30
 Privatautonomie 28
 promissory estoppel 109-111, 113, 120, 121, 137, 138, 142, 143
 publicisering 17, 18

publiekrechtelijk vertrouwensbeginsel 153, 154
 publiekrechtelijke maatregelen 78

quasi-contract 32, 40, 41

rechtelijke toerekenbaarheid 57
 rechtelijke verantwoordelijkheid 60
 rechtmatige daad 32, 36
 rechtshandeling 8, 13, 88, 100, 127
 rechtsverkeer 23
 rechtsverwerking 147, 148
 rechtvaardigheid 77, 78
 reciprociteit 80, 82-84, 86, 87, 89, 96, 98
 (zie ook: wederkerigheid)
 redelijkheid en billijkheid 19, 132
 relation 122
 reliance 16, 120, 121
 reliance-principle 113, 122, 140, 153
 rest-actie 61, 65
 restitution 16, 32, 149
 revindicatie 47, 76
 risico (en schuld) 50
 risico-aansprakelijkheid 52, 61
 risico-overwegingen 60
 risico-verdeling 54
 ruilhandel 80, 100
 ruilverkeer 14, 38, 79, 123

schade 48-61
 – adagium dat ieder in beginsel zijn eigen schade draagt 54-57
 – persoonsgebonden schade 58
 – preventie van schade 49
 – spreiding van schade 59
 – verplaatsing van schade 49
 schade-actie 47, 62, 65, 66, 69
 schenking 3, 84, 138
 schenkingsdoel 35, 72, 76, 77
 schuld 18, 50, 52, 53, 57, 60, 61
 schuldaansprakelijkheid 53
 schuldbegrip 19, 61
 Selbstbindung 122, 124
 sociaal-autonomie 99
 social institution 98
 sociale besturing 20
 sociale rechtsorde 14, 22
 sociale rechtssfeer 13
 sociale wil 22, 24, 98, 99
 sociale wilsorde 30
 socialisatie 17, 58-60
 Sozialautonomie 30, 98
 Sozialisierung 105, 106

testeervrijheid 17
 toerekening naar redelijkheid 52, 61
 toerekeningsleer 8
 toestemming 13
 (zie ook: wil/wilsovereenstemming)
 toezeggingen 114, 140
 tort 16, 32

 uitwisseling 34, 35, 87
 underground-beginsel 2
 (zie ook: case law undergrounds)
 unjust enrichment 41, 42

 veranderde omstandigheden 21, 106
 verbintenis
 – bronnen van verbintenis 7 e.v.
 (zie ook: verbintenissen)
 – verbintenis onder bezwarende titel 86
 – verbintenisscheppend gedrag 24
 verbintenissen
 – gekozen verbintenissen 8, 13, 22, 30, 32, 79
 – ontstaan verbintenissen 7, 103
 – opgelegde verbintenissen 8, 13, 22, 30, 32, 79
 – verbintenissen 'tussen' overeenkomst en onrechtmatige daad 107, 108, 109, 118, 119, 122-124
 – verbintenissen uit overeenkomst 7, 13, 15, 38, 79, 92, 126
 (zie ook: overeenkomst/contract)
 – verbintenissen uit de wet 7, 8, 13, 14, 30, 32, 38, 77, 98, 123, 125, 127
 verbintenissenrecht
 – functie 26, 77
 – grondslag 77, 79
 verevening 40, 42, 61, 78
 vergelding 49
 verkeersmoraal 21
 verklaring 22, 25, 89
 verklaringstheorie 23
 vermenging 72, 149
 vermogensbescherming 35, 36, 38, 45, 48, 79, 123, 129
 vermogensherstel 60

vermogensovergang 35
 vermogensverschuiving(en) 11, 16, 26, 35, 38, 47, 61, 77, 78, 129, 133
 verrijksactie 65, 70
 (zie ook: ongerechtvaardigde verrijking)
 verrijkingsbeginsel 43, 45, 48, 62, 63
 (zie ook: ongerechtvaardigde verrijking)
 verrijksregel 150
 (zie ook: ongerechtvaardigde verrijking)
 Vertrauensfreiheit 28
 Vertrauenshaftung 109
 Vertrauensschutz 154
 vrouwen 24-27, 30, 78, 79, 89-96, 98-101, 116, 125-127, 131, 133, 141-144, 147-150, 153-156
 – als bron van verbintenis 78, 79, 91-94, 100, 101, 125, 126, 131, 133, 153, 156
 – actie/handelen op grond van vrouwen 142-144, 147-149, 153-155
 vrouwenbeginsel 113, 116, 153
 vrouwenbescherming 21, 90, 91
 vrouwenleer 107, 127
 verwijtbaarheid 52
 voorzienbaarheid 155
 vormgebrek(en) 3, 138, 141
 vormvoorschriften 138, 139, 141
 vrijheidsbeginsel 10

wanprestatie 44, 142
 wederkerigheid 79, 82, 83, 88, 89, 98, 99, 110, 112
 (zie ook: reciprociteit)
 wederkerigheidsbeginsel 80
 wederkerige overeenkomst 83, 84, 85, 87
 wet 12, 15, 22, 65, 123
 (zie ook: verbintenissen uit de wet)
 wil 8, 9, 13-16, 22-30, 40, 89-92, 94, 100, 123
 wilsleer 8, 39
 wilsovereenstemming 96, 120, 126, 136
 wilstheorie 23, 24

zaaksvorming 72, 149
 zaakwaarneming 38, 39-45
 – en ongerechtvaardigde verrijking 39-45

Bibliotheek K. U. Brabant



1 7000 01009522 3